Aufrechnung bei der Kommission

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Weckler

aus Neunburg vorm Wald,

Assessor in München.

Approbiert am 10. Oktober 1929.

Kallmünz

Buchdruckerei von Michael Laßleben.

1929

Aufrechnung bei der Kommission

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Weckler

aus Neunburg vorm Wald,

Assessor in München.

Approbiert am 10. Oktober 1929.

Kallmünz

Buchdruckerei von Michael Laßleben.

1929

Referent: Geh. Just.-Rat Universitätsprofessor Dr. Kübler.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung.

Darstellung der Aufgabe.

Bei dem regelmäßigen Kommissionsgeschäft sind drei Personen beteiligt, der Kommittent, der Kommissionär und der Dritte aus dem Ausführungsgeschäft. In unmittelbaren rechtlichen Beziehungen zueinander stehen aber jeweils nur zwei Personen, nämlich einerseits der Kommittent und der Kommissionär, andererseits der Kommissionär und der Dritte. Erst dann, wenn der Kommissionär die rechtlichen Folgen aus dem Ausführungsgeschäft auf den Kommittenten überträgt, ergeben sich zwischen dem Kommittenten und dem Dritten direkte Rechtsbeziehungen.

Häufig stehen die bei der Kommission beteiligten Personen in regem Geschäftsverkehr und haben wechselseitig Forderungen gegeneinander. Solange sie diese Forderungen in gerader Richtung gegeneinander zur Aufrechnung bringen, ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten. Diese Lage ändert sich aber, wenn der Dritte gegen eine Forderung aus dem Ausführungsgeschäft, welche der Kommissionär dem Kommittenten abgetreten hat, eine ihm gegen den Kommissionär zustehende Forderung aufrechnet.

Die Frage, ob eine solche Aufrechnung zulässig ist, ist in der Rechtsprechung (RG. Bd. 32 S. 39, Juristische Wochenschrift 1907 S. 247; 1926 S. 2106) schon öfters in bejahendem Sinne festgestellt worden; in der Wissenschaft dagegen finden sich einzelne Vertreter anderer Meinung. Es dürfte daher nicht ganz uninteressant sein, die hier auftretenden Streitpunkte einer Beurteilung zu

unterziehen. Diese beruhen hauptsächlich darauf, daß bei einer derartigen Aufrechnung einerseits das Gegenseitigkeitserfordernis durchbrochen ist, andererseits Unklarheit darüber besteht, ob auch dem Dritten gegenüber die Forderung aus dem Ausführungsgeschäft schon von Anfang an als Forderung des Kommittenten gilt.

Es soll daher in der vorliegenden Abhandlung versucht werden, darzustellen, was unter dem Gegenseitigkeitserfordernis der Aufrechnung zu verstehen ist und aus welchen Gründen die bei der Kompensation gegenüber einer abgetretenen Forderung erfolgende Verletzung dieses Grundsatzes zu erklären ist; ferner wird darzustellen sein, daß die dem Wesen der mittelbaren Stellvertretung widersprechende Bestimmung des § 392 Abs. 2 HGB., nach welcher Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft auch schon vor der Abtretung als Forderungen des Kommittenten gelten, nicht im Verhältnis des Dritten zum Kommissionär gilt. Als Ergebnis wird die Aufrechnungsbefugnis des Dritten im oben erwähnten Sinne festzustellen sein.

Erster Abschnitt.

Die Aufrechnung.

§ 2. Rechtliche Natur und Voraussetzungen der Aufrechnung.

Unter Aufrechnung zweier Forderungen versteht man die gegenseitige Aufhebung der Forderungen, welche durch Abrechnung erfolgt und bewirkt, daß die beiden Forderungen, soweit sie sich decken, erlöschen. (Vergl. Schlichting, Vorbem.)

Die Aufrechnung unseres heutigen Rechtes ist keine Neuschöpfung, sondern der Abschluß einer jahrhundertelangen Entwicklung, die von der compensatio des römischen Rechtes ihren Ausgang genommen hat. Daher sind auch viele Grundsätze der compensatio bei der Gestaltung des jetzigen Rechtsinstitutes der Aufrechnung verwendet worden. Insbesondere aber die Theorien über den Vollzug der Aufrechnung sind von römischen und gemeinrechtlichen Anschauungen beeinflußt worden.

Je nachdem die Aufrechnung durch Rechtsgeschäft vollzogen wird oder ohne besondere Willenserklärung lediglich als Folgeerscheinung gesetzlicher Tatbestände eintritt, unterscheidet man zwischen rechtsgeschäftlicher und gesetzlicher Aufrechnung. Die gesetzliche Aufrechnung ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch nur in zwei Fällen vorgesehen, nämlich in § 1239 Abs. 1 und 1288 Abs. 2.

Die rechtsgeschäftliche Aufrechnung setzt entweder eine einseitige Willenserklärung oder einen Vertrag der beteiligten Personen voraus. Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt nur die einseitige Aufrechnung; „mit der

vertragsmäßigen Aufrechnung hat sich das Gesetzbuch nicht zu befassen" erklären die Motive (Bd. 2 S. 104). Doch folgt ihre Zulässigkeit aus dem für das Schuldrecht geltendem Grundsatze der Vertragsfreiheit.

Da die vertragsmäßige Aufrechnung nach dem freien Willen der Parteien gestaltet werden kann und nicht den Vorschriften des Gesetzbuches untersteht, so kann nur die einseitige Aufrechnung die Grundlage der folgenden Erörterungen bilden; unter Aufrechnung ist daher immer die einseitige Aufrechnung zu verstehen.

Ueber die rechtliche Natur der Aufrechnung besteht lebhafter Streit. Im gemeinen Recht wurde sie vorwiegend unter den Begriff der Zahlung subsumiert. So bezeichnete sie Rehbein (nach Fürst S. 323) als abgekürzte Zahlung und Krug (S. 6) als Selbstzahlung. In neuerer Zeit wird diese Ansicht noch von Stölzel (Schulung Bd. 2 S. 3) vertreten, der von der Aufrechnung als ideeller Zahlung spricht. Zum Begriff der Zahlung gehört aber die reale Bewirkung der geschuldeten Leistung (Vgl. Dernburg, Komp. S. 360). Gerade diese wird aber bei der Aufrechnung umgangen.

Kohler sieht in der Aufrechnung eine Anweisung des Aufrechnenden an seinen Gläubiger zur Zahlung an sich selbst. Gegen diese Auffassung ist einzuwenden, daß nach dem Gesetze Angewiesener und Anweisungsempfänger verschiedene Personen sind und der Angewiesene gemäß § 784 BGB nur dann zur Leistung verpflichtet ist, wenn er die Anweisung annimmt. Es wäre also hier Vertragsform erforderlich, während die Aufrechnung durch einseitige Erklärung zustande kommt.

Nach überwiegender Auffassung ist die Aufrechnung als Schuldtilgungsmittel eigener Art aufzufassen. Diese Ansicht findet ihre Stütze auch darin, daß die Aufrechnung unter den das Erlöschen der Schuldverhältnisse

bewirkenden Rechtseinrichtungen eine selbständige Regelung gefunden hat. Die Eigenartigkeit der Aufrechnung als Schuldtilgungsmittel liegt nun darin, daß der Aufrechnende nicht nur als Schuldner seinen Gläubiger sondern auch sich selbst als Gläubiger durch die Forderung des Aufrechnungsgegners befriedigt. Demgemäß bestehen auch zwei Hauptgruppen von Auffassungen über die Natur des Aufrechnungsrechts, je nachdem man mehr die Seite der Schulderfüllung oder die der Selbstbefriedigung betont.

Zu den Anhängern der Befriedigungstheorie zählen besonders Götte, Leonhard, Feder, Weigelin und Krückmann. Götte (Arch. Bürg. Recht Bd. 17 S. 164) bezeichnet die Aufrechnung als einen besonders geregelten Fall der Selbsthilfe aus § 229 BGB, Leonhard (Arch. Bürg. Recht Bd. 21 S. 208 ff) als Zwangsverwertung und ähnlich Feder (Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 54 S. 485) als Selbstbefriedigung durch zwangsweise Verwertung einer Forderung des Schuldners. Nach Weigelin (S. 32) und ebenso nach Krückmann (Arch. für die zivilistische Praxis Bd. 103 S. 354) ist das Aufrechnungsrecht als Pfandrecht an der eigenen Schuld zu erklären. Diese Konstruktion „hat jedoch keinen Hintergrund im Gesetz und verstößt gegen den pfandrechtlichen Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß gesetzliche Pfandrechte nur in den vom Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen vorkommen.“ (Lang S. 75). Im übrigen leidet die Befriedigungstheorie überhaupt daran, daß sie die Eigenschaft der Kompensation als Schuldtilgungsmittel nicht genügend berücksichtigt.

Die herrschende Auffassung sieht daher in der Aufrechnung in erster Linie einen Tilgungs- oder Befreiungsakt. Zu ihren Anhängern gehören u. a. Oertmann (Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 113 S. 376 ff,

ferner sein Kommentar des Rechts der Schuldverhältnisse, Vorbem. 6 vor § 387) und Staudinger (Vorbem. 1 vor § 387). Auch Siber (S. 135) und Liebknecht (Kompensationsvollzug S. 78; Vorbehaltszahlung S. 107), welche die Aufrechnung dabei als datio in solutum auffassen, bei welcher der Erlaß der eigenen Forderung an Erfüllungsstatt gegeben werde, sind als Vertreter der Befreiungstheorie zu betrachten. Diese wird sowohl durch den Wortlaut des Gesetzes, das stets von der Aufrechnung gegen eine Forderung spricht, als auch durch die die Erfüllungsseite der Aufrechnung betonenden Bestimmungen der §§ 268, 1142, 1150, 1249, 357, 554 BGB gestützt. Dennoch dürfte die Kombinationstheorie (vertreten u. a. von Lippmann, Iherings Jahrbücher Bd. 43 S. 478 und Fr. Leonhard, Arch. Bürg. Recht Bd. 21 S. 208) vorzuziehen sein, da sie den beiden wirtschaftlich und gesetzespolitisch wohl gleich wichtigen Seiten des Aufrechnungsrechtes am besten gerecht wird.

Die Aufrechnungserklärung ist nicht nur eine Einrede, sondern „erzeugt, wie die Zahlung, die materielle Einwendung, daß der Gläubiger befriedigt sei". (Motive Bd. 2 S. 107). Wäre die Aufrechnung nur eine Einrede im Sinne des bürgerlichen Rechtes, so würde sie als bloßes Leistungsverweigerungsrecht die Forderungen nur hemmen oder lähmen; sie führt aber in Wirklichkeit die Aufhebung der Forderungen herbei. Rechtsgeschäfte nun, durch die unmittelbar auf Rechte eingewirkt wird, nennt man Verfügungsgeschäfte. Die Aufrechnung ist somit ein Verfügungsgeschäft.

In ihrer Eigenschaft als Verfügungsgeschäft ist die Aufrechnung ein materielles Rechtsgeschäft. Sie kann daher sowohl außerhalb als auch während des Prozesses erklärt werden. Ueber die Rechtsnatur der im Prozeß

erklärten Aufrechnung bestehen verschiedene Anschauungen. Nach der herrschenden zivilistischen Theorie (vertreten u. a. von Dernburg, Bürgerl. Recht. Bd. 2 § 124 III; Eccius, Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 37 ff; Staudinger, Vorbem. II vor § 387; ferner auch RG Bd. 50 S. 462) ist auch die im Prozeß erklärte Aufrechnung lediglich als materielles Rechtsgeschäft anzusehen und unabhängig vom Prozesse nur nach den materiellrechtlichen Regeln zu beurteilen. Im Gegensatz hiezu hält die prozessuale Theorie (z. B. Kohler ZZPr Bd. 20 S. 10; Bd. 24 S. 18; Wach ZZPr Bd. 27 S. 1 ff) die im Prozeß abgegebenen Aufrechnungserklärung für eine reine Prozeßtätigkeit, die sich in ihren Voraussetzungen und Wirkungen ausschließlich nach dem Prozeßverhältnis bestimme. Eine zwischen beiden Ansichten vermittelnde Stellung nehmen die gemischten Theorien (vgl. Oertmann, die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrecht S. 37 ff, ferner sein Kommentar, § 388 Anm. 1) ein; auch sie beurteilen die äußeren Vollzugsbedingungen der prozessualischen Aufrechnung nach Prozeßgrundsätzen, sprechen aber der darnach gültig vollzogenen Kompensation teilweise ohne Rücksicht auf die spätere Entwicklung des Rechtsstreites privatrechtliche Wirkungen zu.

Nach der Regelung, welche die Aufrechnung im Bürgerlichen Gesetzbuch gefunden hat, ist der zivilistischen Theorie der Vorzug zu geben. Die Aufrechnung erfolgt gemäß § 388 BGB durch die Abgabe der Erklärung, wobei es keinen Unterschied ausmacht, ob die Erklärung während oder außerhalb eines Rechtsstreites erfolgt. Die von den prozessualen und der gemischten Theorie zur Stützung ihrer Ansicht angeführten Bestimmungen der §§ 209 Nr. 3 und 215 BGB können in Wahrheit nicht hier angeführt werden, da sie nach der Begründung der Gesetzesmaterialien (Protokolle zum Allgemeinen Teil

des Bürgerlichen Gesetzbuchs S. 447 ff), offensichtlich die Eventualaufrechnung im Auge haben. Es ist daher auch die im Prozeß erklärte Aufrechnung unabhängig vom Prozesse nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen.

Weiterhin ist das Aufrechnungsrecht noch zu charakterisieren als Gestaltungsrecht, da es die Befugnis enthält, eine Rechtsänderung herbeizuführen, nämlich die beiden gegenüberstehenden Forderungen zum Erlöschen zu bringen.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes (§ 388 BGB), daß die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgt, ergibt sich, daß sie ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist. Die Aufrechnungserklärung wird also erst wirksam mit dem Zugehen an den Gegner. Dagegen bedarf sie dessen Annahme nicht. Die Aufrechnung vollzieht sich auch wider seinen Willen und zwar mit der Maßgabe, daß die zur Aufrechnung gebrachten Forderungen, soweit sie sich decken, als mit dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind.

Die einseitige Aufrechnung ist im Gegensatz zur vertragsmäßigen an gewisse Voraussetzungen gebunden. Nur unter diesen erlangt der Schuldner das Recht, seinen Gläubiger durch Aufrechnung zu befriedigen. Die Voraussetzungen der Aufrechnung enthält § 387 BGB. Darnach müssen die zur Aufrechnung gebrachten Forderungen gültig, fällig, gleichartig und gegenseitig sein. Liquidität und rechtlicher Zusammenhang der beiden Forderungen sind nicht mehr materielle Aufrechnungsvoraussetzungen. Nur im Prozesse spielen sie noch eine Rolle (§§ 145 Abs. 3, 302 ZPO). Als selbstverständliche Voraussetzung der Entstehung des Aufrechnungsrechtes muß noch das Bestehen zweier privatrechtlicher Forderungen aus Schuldverhältnissen erwähnt werden. Nicht aufrechenbar sind

demnach sachen-, familien- und erbrechtliche Ansprüche als solche; wohl aber können es die an ihre Stelle tretenden Interesse- oder Delikatsansprüche sein. (Lang S. 1)

Als weitere Voraussetzung der Aufrechnung ist das Fehlen besonderer Ausschließungsgründe zu nennen. Als solche kommen rechtsgeschäftliche und gesetzliche in Betracht. Die gesetzlichen Aufrechnungsverbote des Bürgerlichen Gesetzbuchs und sonstiger Reichsgesetze verbieten die Aufrechnung gegen bestimmt geartete Passivforderungen, schließen dagegen die Aufrechnung mit solchen Forderungen nicht aus. Solche gesetzliche Aufrechnungsverbote finden sich in den §§ 393, 394, 395 BGB, §§ 221, 320 HGB.

Fehlt eine der im § 387 BGB erforderten Voraussetzungen oder liegt ein Aufrechnungsverbot vor, so ist die Aufrechnung unwirksam. Die beiden Forderungen bleiben, soweit sie bestanden haben, auch fernerhin bestehen. Bestand eine der beiden Forderungen nicht, so ist die andere von der Aufrechnungserklärung unberührt geblieben. Diese Folge ergibt sich aus dem Wortlaut des § 387 BGB, welcher besagt, daß jeder Teil ausrechnen kann, w e n n die genannten Voraussetzungen vorliegen; daraus folgt durch argumentum e contrario, daß wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen, die Aufrechnung eben nicht erfolgen kann und eine trotzdem abgegebene Aufrechnungserklärung unwirksam ist. Daher ist die von Leonhard (Arch. Bürg. Recht Bd. 21 S. 171) und Kohler (ZZP. Bd. 24 S. 20) vertretene Ansicht abzulehnen, daß die Aufrechnungserklärung die Forderungen auch dann konsumiere, wenn die Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll, nicht bestanden hat.

§ 3. Der Grundsatz der Gegenseitigkeit der Forderungen und seine Durchbrechungen.

Forderungen können nur dann aufgerechnet werden, wenn sie wechselweise zwischen denselben Personen bestehen, so daß der Gläubiger der einen Forderung zugleich Schuldner der entgegengesetzten Forderung seines Schuldners ist.

Diese Voraussetzung der Aufrechnung wird in der Wissenschaft kurz als Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen bezeichnet. Das Gesetz drückt es dadurch aus indem es im § 387 BGB bestimmt, daß drei Personen einander Leistungen schulden müssen. Nur unter dieser Bedingung ist es überhaupt möglich, daß „jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen kann".

Dem Aufrechnenden muß daher einerseits die Forderung, mit der er aufrechnen will, also die Aktivforderung, wie Cosack (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 1, S. 441) sie nennt, zustehen, andererseits muß er seinem Aufrechnungsgegner mit der Passivforderung verpflichtet sein.

Das Erfordernis der Gegenseitigkeit läßt sich mithin in drei Bestandteile zerlegen:

1. Der Aufrechnende muß Gläubiger der Aktivforderung sein.

2. Er muß Schuldner der Passivforderung sein.

3. Der Gläubiger der Passivforderung muß mit dem Schuldner der Aktivforderung identisch sein.

Im einzelnen ist zu diesen drei Grundsätzen folgendes zu bemerken:

1. Aus dem Satze, daß der Aufrechnende Gläubiger

der Aktivforderung sein muß, folgt, daß niemand mit der Forderung eines anderen aufrechnen kann. Die Aufrechnung ist also nur mit einer eigenen Forderung zulässig. Die Befugnis zur Aufrechnung mit der Forderung eines Dritten kann auch nicht dadurch geschaffen werden, daß der Dritte zur Aufrechnung seine Einwilligung gibt. Zwar ist nach § 185 BGB eine Verfügung eines Nichtberechtigten über einen Gegenstand dann wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Durch die Aufrechnung aber verfügt der Aufrechnende nicht nur über die Aktivforderung, sondern auch über die Forderung des Aufrechnungsgegners; zur Verfügung über die letztere Forderung im Wege der Kompensation ist er aber nur dann berechtigt, wenn die Voraussetzungen der Aufrechnung gegeben sind; Voraussetzung ist aber, daß sich die Aufrechnungsgegner die Leistungen tatsächlich schulden; es genügt also nicht, daß sie nur zu Verfügungen über die Forderungen berechtigt sind.

2. Der Gläubiger muß Schuldner der Passivforderung sein. Hier erhebt sich die Frage, ob ein Dritter berechtigt ist, die Schuld eines anderen durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung zu erfüllen. Diese Frage ist zu verneinen. Allerdings kann nach § 267 BGB dann, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat, auch ein Dritter die Leistung bewirken mit der Folge, daß der Gläubiger bei Ablehnung in Annahmeverzug kommt. Das Recht des Dritten, die Leistung zu bewirken, schließt aber nicht die Befugnis in sich, die Verbindlichkeit durch Aufrechnung zu erfüllen. Denn dem Dritten ist es nur gestattet, die Verpflichtung des Schuldners gerade durch Bewirken der geschuldeten Leistung zu erfüllen. Dagegen hat er nicht das Recht, dessen Verpflichtung in anderer Weise, etwa durch ein Erfüllungssurogat, zum Erlöschen zu bringen (Vergl. Kohler, ZZP Bd. 24 S. 6; Wei-

gel S. 18; Fritzsche S. 20). Er kann daher nicht mit einer eigenen Forderung hiegegen aufrechnen.

3. Außer dem Erfordernis der eigenen Forderung und der eigenen Schuld verlangt der Grundsatz der Gegenseitigkeit noch, daß der Schuldner der eigenen Forderung mit dem Gläubiger der eigenen Schuld identisch ist. (Lang S. 23). Dies bedeutet ins Negative übersetzt, daß niemand gegen seinen Gläubiger mit einer Forderung aufrechnen kann, die ihm gegen einen anderen als seinen Gläubiger zusteht.

Die drei entwickelten Sätze zusammen ergeben das Erfordernis der Gegenseitigkeit der Forderungen, so wie es im § 387 BGB als Voraussetzung der Aufrechnung bestimmt ist. Es ist aber nicht rein erhalten geblieben; vielmehr hat die Rücksicht auf die verschiedenartigen Rechtsverhältnisse, in welchen die Aufrechnung erklärt werden kann, dazu geführt, daß dabei der Grundsatz der Gegenseitigkeit der Forderungen im Wege ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung bald Einschränkungen bald Verschärfungen erfuhr.

Die Ausnahmen vom Gegenseitigkeitsprinzipe betreffen nur seine beiden letzten Bestandteile; der Satz, daß eine Aufrechnung mit fremden Forderungen unmöglich ist, blieb ohne Einschränkung aufrechterhalten. Dagegen wurden die beiden anderen Sätze in mehrfacher Beziehung durchbrochen.

1. In einigen Fällen kann die Aufrechnung erfolgen gegen eine fremde Schuld, d. h. gegen eine Forderung, die dem Gläubiger gegen eine andere Person als gegen den Aufrechnenden zusteht. Es sind das solche Fälle, in denen ein Dritter ein besonderes rechtlich geschütztes Interesse daran hat, den Gläubiger zu befriedigen. Dieses Interesse liegt immer dann vor, wenn er durch die Zwangsvollstreckung eines Gläubigers Gefahr läuft, ein

Recht an dem dem Schuldner gehörigen Gegenstand der Zwangsvollstreckung oder dessen Besitz zu verlieren. Hier wird dem Dritten durch ausdrückliche Bestimmung die Befugnis erteilt, den Gläubiger auch durch Aufrechnung zu befriedigen. Rechnet er in einem solchen Falle auf, so tut er das mit einer eigenen Forderung gegen eine Forderung des Gläubigers an den Schuldner, also gegen eine ihn nicht belastenden Schuld. Das Recht des Dritten an dem Gegenstand der Zwangsvollstreckung kann sehr verschiedener Natur sein. Daher gibt § 268 BGB in ganz allgemeiner Weise das Ablösungsrecht jedem, dem durch die Zwangsvollstreckung der Verlust eines Rechtes an dem Gegenstand des Schuldners droht. Zur entsprechenden Anwendung gelangt § 268 BGB in den §§ 1150 und 1249 BGB, die einem Dritten gegenüber dem Hypotheken- bezw. Pfandgläubiger das Befriedigungsrecht gewähren.

Ein besonderes Interesse daran, den Gläubiger zu befriedigen, haben natürlich diejenigen, die für eine fremde Schuld eigene Vermögensstücke verpfändet haben. Es sind das der Eigentümer des hypothekarisch belasteten Grundstücks und der Verpfänder einer beweglichen Sache. Sie können daher in gleicher Weise wie der Schuldner, also auch ohne daß eine Zwangsvollstreckung droht, den Gläubiger befriedigen und zwar auch im Wege der Aufrechnung.

Ueber die Frage, wie das Aufrechnungsrecht des Grundstückseigentümers zu beurteilen ist, herrscht Streit. Dieser hängt damit zusammen, daß über die rechtliche Natur der Hypothek keine einheitlichen Auffassungen herrschen. Ein Teil (Geib, ZZP Bd. 26 S. 116; Schlichting S. 26; Lang S. 2) erblickt in ihr eine Realobligation und hält den Grundstückseigentümer für verpflichtet, die Forderung des Gläubigers aus dem Pfandobjekte zu erfüllen. Dann hat der Gläubiger einen dinglichen Anspruch gegen

den Grundstückseigentümer. Befriedigt nun der Grundstückseigentümer den Gläubiger durch Aufrechnung, so rechnet er gegen einen dinglichen Anspruch auf. Dies wäre insofern eine Ausnahme von den Voraussetzungen der Aufrechnung, als nach § 387 BGB nur Forderungen, nicht dagegen dingliche Ansprüche zur Aufrechnung gelangen können. Die Ansicht, daß die Hypothek eine Realobligation darstelle, entspricht jedoch nicht dem Gesetze. Zugegeben muß allerdings werden, daß sie gerade in der Begriffsbestimmung der Hypothek eine gewisse Stütze findet, welche die Hypothek dahin kennzeichnet, daß aus dem Grundstücke eine bestimmte Summe zu zahlen sei. Aus den übrigen Bestimmungen des Gesetzes, insbesondere auch aus § 1142, ergibt sich aber, daß der Eigentümer nur verpflichtet ist, zu dulden, daß sich der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 1147 BGB) aus dem Grundstück befriedigt (Vergl. Protokolle Bd. 3 S. 689). Hierauf beschränkt sich die dingliche Haftung des Grundstücks und die Verpflichtung des Eigentümers. Aus diesem Grunde ist besonders ausgesprochen, daß der Eigentümer berechtigt ist, den Gläubiger zu befriedigen. Wenn nun der Eigentümer die Befriedigung durch Aufrechnung bewirkt, so rechnet er gegen die Schuld des persönlichen Schuldners, also gegen eine fremde Schuld auf.

2. Die Regel, daß der Gläubiger der Aktivforderung und der Schuldner der Passivforderung identisch sein müssen, ist ebenfalls nicht ohne Ausnahmen geblieben. Diese hängen mit den Bestimmungen über die Forderungsabtretung zusammen. Wenn zwei Forderungen sich aufrechenbar gegenüberstehen, so wird dadurch, daß eine an einen neuen Gläubiger abgetreten wird, das Gegenseitigkeitsverhältnis gestört. Dem Zessus steht allerdings noch seine Forderung gegen den Zedenten zu, aber dieser ist nicht mehr sein Gläubiger; gegen den neuen Gläubiger aber

steht ihm die ursprünglich aufrechenbare Forderung nicht zu. Genau genommen hätte daher keine der drei beteiligten Personen die Möglichkeit, die vor der Abtretung kompensablen Forderungen zur Aufrechnung zu bringen. Im Gegensatz zu dieser rein schematischen Folgerung gewährt aber das Gesetz in § 406 BGB dem Zessus das Recht, Forderungen, die er vor der Abtretung dem Zedenten gegenüber hätte aufrechnen können, auch noch dem Zessionar gegenüber zur Aufrechnung zu bringen. Ja, es geht sogar noch darüber hinaus, indem es die Aufrechnung auch derjenigen Forderungen zuläßt, die der Zessus erst nach der Abtretung, wenn nur ohne Kenntnis hievon, erworben hat. Eine Einschränkung besteht jedoch insoferne, als der Schuldner nicht mit Forderungen aufrechnen darf, welche erst nach seiner Kenntnis von der Zession und später als die abgetretene Forderung fällig geworden sind. Bezüglich der letzten Einschränkung ist bestritten, ob hierunter auch solche Forderungen, die der Schuldner schon vor der Abtretung erworben hat, zu verstehen sind oder nur die erst nach der Abtretung — natürlich in gutem Glauben — erworbenen. Es mag schon jetzt gesagt werden, daß auch die schon vor der Abtretung erworbenen Forderungen unter die zweite Einschränkung des § 406 BGB fallen. Die Begründung hiefür kann aber erst weiter unten (§ 6 der Abhandlung) gegeben werden, weil sie mit der Frage zusammenhängt, auf welchem Gesichtspunkte die Bestimmungen der §§ 406 ff. überhaupt beruhen.

Streit besteht ferner darüber, ob der Schuldner nach § 406 BGB nur dem neuen oder auch dem bisherigen Gläubiger gegenüber die Aufrechnung erklären kann. Nach herrschender Meinung kann er dies nur gegenüber dem neuen Gläubiger tun, während andere (z. B. Siber S. 101) aus den Worten „auch dem neuen Gläubiger gegen-

über" ein Wahlrecht des Schuldners herleiten. Doch darf dem Worte „auch" keine materielle Bedeutung zugemessen werden; es hebt nur die vom Gegenseitigkeitserfordernis bestimmte Ausnahme hervor und steht wohl an falscher irreführender Stelle; richtiger müßte es vermutlich heißen: „Der Schuldner kann auch eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen."

Was die Beweisfrage anlangt, so hat der Schuldner lediglich das Bestehen seiner Gegenforderung an den Zedenten darzutun; den Nachweis, daß eine der Beschränkungen des § 406 BGB vorliegt, hat der neue Gläubiger zu erbringen.

Während § 406 dem Zessus die Möglichkeit der Aufnung gegen den Zessionar gibt, gewährt sie § 407 BGB gegen den Zedenten. Denn nach § 407 muß der neue Gläubiger die nach der Abtretung erfolgenden Leistungen und Rechtsgeschäfte des Schuldners an den Zedenten gegen sich gelten lassen, wenn der Schuldner bei der Vornahme der Leistung oder des Rechtsgeschäfts noch keine Kenntnis von der Abtretung hatte. Wenn nun der Zessus in Unkenntnis der Forderungsabtretung dem Zedenten gegenüber mit einer Forderung aufrechnet, so ist das allerdings keine an diesen erfolgende Leistung, weil ihm ja die Passivforderung nicht mehr zusteht; doch muß sie als ein zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommenes Rechtsgeschäft angesprochen werden. Eine solche Aufrechnung fällt somit unter die Rechtsgeschäfte des § 407 BGB.

Auch hier rechnet der Schuldner, ebenso wie im Falle des § 406 mit einer Forderung auf, die ihm gegen einen anderen zusteht als dem Schuldner seiner Aktivforderung.

Ein Vergleich der §§ 406 und 407 ergibt, daß in beiden Fällen die Aktivforderung eine Forderung an den

Zedenten ist; die Aufrechnung des § 406 aber erfolgt gegenüber dem neuen Gläubiger, obwohl er nicht mit dem Schuldner der Aktivforderung identisch ist; im § 407 hingegen gibt der Zessus seine Aufrechnungserklärung gegenüber dem alten Gläubiger ab, obwohl dieser nicht mehr Gläubiger der Passivforderung ist. (Vgl. Lang S.27).

Die Bestimmungen der §§ 406 und 407 finden ihre Ergänzung durch § 408 für den Fall, daß die schon einmal abgetretene Forderung von dem ursprünglichen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten wird und der Schuldner von der zweiten Abtretung früher Kenntnis erlangt als von der ersten. Eine Leistung oder ein Rechtsgeschäft des Schuldners an den Dritten hätte nun an sich auf seine Verbindlichkeit keinen Einfluß, weil der Dritte von dem Zedenten, der ja die Forderung schon einmal abgetreten hatte, kein Forderungsrecht mehr erlangen konnte. Doch bestimmt § 408, daß der erste Zessionar in entsprechender Anwendung des § 407 eine vom Schuldner vor seiner Kenntnis von der ersten Abtretung vorgenommene Leistung oder ein Rechtsgeschäft an den zweiten Zessionar gegen sich gelten lassen muß. Es wirkt also eine vom Schuldner vorgenommene Aufrechnung zwischen der abgetretenen Forderung und seinem Gegenanspruch an den Dritten auch gegen den ersten Zessionar (S. Planck, § 407 Anm. 1a; a. M. Siber S. 102). Dagegen können nach dem Wortlaut des § 408 die Vorschriften des § 406 im Verhältnis zwischen Schuldner, erstem und zweitem Zessionar nicht herangezogen werden. Der Schuldner kann daher, nachdem er auch die erste Abtretung erfahren hat, nicht dem ersten Zessionar gegenüber mit einer ihm gegen den zweiten Zessionar zustehenden kompensablen Forderung aufrechnen, auch wenn die Ausnahmen des § 406 BGB nicht vorliegen. Es erscheint auch billig, daß der Schuldner in seinem Verhältnis zum zweiten Zessionar nicht dasselbe

„unentziehbare Aufrechnungsrecht" (Planck, § 408 Anm. 1b) erwirbt, wie es ihm gegen seinen ursprünglichen Gläubiger zusteht.

Daß § 406 nicht auch für den Fall der wiederholten Forderungsübertragung zur Anwendung gelangen darf, ergibt sich auch aus den Gesetzgebungsverhandlungen. Im § 305 des ersten Entwurfes war auch schon der dem jetzigen § 406 entsprechende § 303 nicht aufgenommen worden. In den Kommissionsberatungen wurde dann zweimal der Antrag gestellt, im § 305 auch die entsprechende Anwendung des § 303 festzulegen. Diese Anträge wurden aber abgelehnt mit der Begründung, da man den § 303 nicht unbeschränkt für anwendbar erklären wolle, sei es besser, ihn mit dem Entwurfe überhaupt nicht hieher zu übertragen. Die unbeschränkte Anwendung des § 303 aber war aus dem Grunde bekämpft worden, weil dadurch dem Schuldner auf Kosten des ersten Erwerbers der Forderung, also des wahren Gläubigers, infolge des nur zufälligen Umstandes, daß er die spätere Uebertragung eher erfahren habe als die frühere, ein ungerechtfertigter Vorteil zugewendet werde (Prot. Bd. 1 S. 393).

Zweifelhaft erscheint noch die Frage, ob der erste Erwerber die vom Schuldner dem zweiten Zessionar gegenüber vorgenommene Aufrechnung mit einer Forderung gegen den ursprünglichen Gläubiger gegen sich gelten lassen muß. An sich könnte die Frage bejaht werden; denn man kann die Aufrechnung als ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 407 erachten, das der frühere Erwerber gegen sich gelten lassen müsse (so RGR, Kommentar, § 408 Anm. 1; Planck, § 408 Anm. 1). Bei dieser Ansicht dürfte aber der Schutz des Schuldners zu weit ausgedehnt werden. In Wirklichkeit ist nämlich die dem zweiten Zessionar gegenüber abgegebene Aufrechnungserklärung des Schuldners nicht konsumiert. Diese Aufrechnungserklärung wäre nach

den Vorschriften des § 406 zu beurteilen; § 406 setzt aber voraus, daß der Aufrechnungsgegner die Passivforderung tatsächlich inne hat. Der zweite Zessionar ist aber nicht Gläubiger der Passivforderung geworden; infolgedessen ist auch die ihm gegenüber erfolgte Aufrechnung mit einer Forderung an den Zedenten wirkungslos geblieben und kann dem ersten Zessionar nicht entgegengehalten werden. Der Zessus erleidet hiedurch keinen Nachteil; er ist ja befugt, mit seiner Forderung an den Zedenten dem ersten Zessionar gegenüber aufzurechnen; denn hier sind die Voraussetzungen des § 406 BGB gegeben.

Betrachtet man nun die im Falle des § 408 mögliche Aufrechnung, so findet man, daß auch hier die Gegenseitigkeit der Forderungen durchbrochen ist. Der Zessus rechnet auf mit einer Forderung an den zweiten Zessionar und bringt dadurch die dem ersten Zessionar zustehende Forderung zum Erlöschen. Schuldner der Aktivforderung und Gläubiger der Passivforderung fallen also auch hier auseinander.

Die für die Forderungsabtretung bestimmten Vorschriften der §§ 406—408 BGB gelten nach § 412 BGB auch beim gesetzlichen Forderungsübergang. Außerdem finden sie in einer Reihe ähnlicher Rechtsverhältnisse Anwendung und zwar hauptsächlich dann, wenn Einzelforderungen in geschlossene Vermögensmassen übergehen. Daher ist ihre entsprechende Anwendung bestimmt für das Gesellschaftsvermögen im § 720, für das eheliche Güterrecht in den §§ 1473, 1497, 1546, 1549, 1524, 1550, für das Erbschaftsrecht in den §§ 2019, 2041, 2111 BGB.

In ähnlicher Weise wie § 406 das Aufrechnungsrecht des debitor cessus regelt § 575 BGB das des Mieters eines Grundstücks im Falle des Vermieterwechsels. Der Erwerber tritt nach § 571 BGB in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis ein. Er erlangt also mit dem

Eigentumsübergang den Anspruch auf die Mietzinsforderungen und hat insoferne eine ähnliche Stellung wie der neue Gläubiger einer abgetretenen Forderung. Daher bestimmte denn § 575 BGB, daß der Mieter gegen die Mietzinsforderung des Erwerbers eine ihm gegen den alten Vermieter zustehende Forderung in der Höhe aufrechnen kann, als nach § 574 die zwischen dem Vermieter und Mieter über den Mietzins abgeschlossenen Rechtsgeschäfte dem Erwerber gegenüber wirksam sind. Dabei gelten für die Aufrechnung die gleichen Beschränkungen, wie sie in § 406 BGB enthalten sind.

§ 4. Die Aufrechnungsbefugnis des Schuldners nach § 406 BGB beruht nicht auf der Aufrechnungslage.

Für den Fall der Aufrechnung bei der Kommission ist die Durchbrechung des Gegenseitigkeitserfordernisses nur insoferne von Bedeutung als sie bei der Forderungsabtretung erfolgt. Es ist klar, daß eine Ausnahme von einer so wichtigen Voraussetzung der Aufrechnung, wie es das Gegenseitigkeitserfordernis darstellt, ihren besonderen Grund haben muß. Die Frage ist nun, ob dieser Grund sich aus dem Wesen der beiden beteiligten Rechtsinstitute, nämlich der Aufrechnung oder der Abtretung herleiten läßt oder ob die Möglichkeit der Aufrechnung in diesem Falle aus anderen Erwägungen geschaffen wurde.

Die Frage, ob die Kompensationsbefugnis des Zessus aus der rechtlichen Natur der Aufrechnung erfolgt, steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Streit über den Zeitpunkt des Eintritts der Kompensationswirkungen. Dieser Streit ist auch durch die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht beendigt worden, wenn er sich auch jetzt in engeren Grenzen bewegt. Die jetzigen Theorien sowohl wie auch die Gestaltung der Aufrechnung im geltenden Rechte sind aber nur im Zusammenhang mit der geschichtlichen Entwicklung des Aufrechnungsvollzuges zu verstehen; es dürfte daher angebracht sein, diese in ihren Grundzügen zu verfolgen.

Das römische Recht der ältesten Zeit kannte grundsätzlich keine Aufrechnung; seine starre und konkrete Struktur brachte es mit sich, daß der Schuldner das Schuldverhältnis nur dadurch zum Erlöschen bringen konnte,

daß er genau das leistete, was er schuldete; ferner konnte die Befriedigung des Gläubigers nur in streng gemessener und dem Begründungsakte entsprechender umgekehrter Form vorgenommen werden. Die Lösung des Schuldverhältnisses konnte nur durch den sogenannten actus contrarius erfolgen.

Erst mit dem Eindringen des ius gentium kamen sowohl in materieller als auch in formeller Hinsicht freiere Grundsätze zur Geltung. Die Folge davon war, daß das Schuldverhältnis nicht mehr unbedingt durch die reale und rechtsförmliche Erfüllung zum Erlöschen gebracht werden mußte, sondern daß hiezu auch die Erfüllungssurrogate genügten. Zu ihnen zählte auch die compensatio. Aber sie war nicht, wie die heutige Aufrechnung. ein Rechtsgeschäft, sondern konnte nur im Prozesse auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden. Die Frage ist nun folgende: Welche Bedeutung hatte das Vorbringen der Kompensationseinrede? War es lediglich der Hinweis darauf. daß durch die Aufrechnungslage, d. h. durch das Gegenüberstehen der beiden Forderungen, diese schon von selbst erloschen seien oder bedeutete es den Antrag an den Richter, die gegenüberstehenden Forderungen durch Aufregung zu tilgen?

Hier die richtige Antwort zu finden, erscheint deshalb schwierig, weil die römischen Rechtsquellen keine klaren, sondern sogar anscheinend widersprechende Erläuterungen geben. Zu den meisten Irrtümern hat der Satz: »compensatio ipso iure fit« Anlaß gegeben, so daß Lippmann (Iherings Jahrbücher Bd. 32 S. 157 ff.) behauptete, mit ihm habe uns das römische Recht das große Rätsel der Kompensationslehre hinterlassen. Die Bestimmung ipso iure findet sich schon in vier vorjustinianischen Gesetzesstellen (D. 16, 2, 4; D. 16, 2, 10; D. 16, 2,

21; C. 4, 31, 4)* und wird von Justinian in der lex ultima C. de comp. (C. 4, 31, 14), durch welche die Kompensation in allen Klagen zugelassen wird, noch besonders betont: compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda.

Die Streitigkeiten bei der Auslegung des Satzes compensatio ipso iure fit sind daraus entstanden, daß weder die Bedeutung des Wortes compensatio noch die des Ausdruckes ipso iure klar ist.

Das Verbum compensare hat eine doppelte Bedeutung: Einmal kann man es übersetzen mit „abwägend gegenüberstellen" im Sinne von „das Gleichgewicht herstellen" und dann wieder mit „aufwiegen" im Sinne von „durch Aufwägen aufheben". (Vergl. Heinichen, Lateinisch-deutsches Wörterbuch). Der Unterschied zwischen den beiden Bedeutungen erscheint klar; während im ersten Falle die beiden gegeneinander in die Waage gelegten Gegenstände sich nicht aufheben, sondern nur im Gleichgewicht halten, tritt im zweiten Falle eine tatsächliche Aufhebung ein. In gleicher Weise bedeutet compensatio bald nur den Zustand des in der Waage Haltens, bald eine hiedurch bewirkte Aufhebung.

Den Erörterungen über die Bedeutung der Quellenstellen für den Eintritt der Aufrechnungswirkungen ist daher von vornherein die Tatsache als Grundlage zu geben, daß das Wort compensatio nicht unbedingt die in der heutigen Aufrechnung liegende Tilgung der Forderungen bedeutet, sondern daß hiemit auch der durch das Gegenüberstehen der Forderungen geschaffene Rechtszu-

* Diese Stellen gelten heute als interpoliert; Vgl. Index Interpolationum; ferner Appleton, p. 492; Biondo Biondi p. 126; Pernice, Labeo II 1,93.

stand, daß sich die beiden Forderungen gewissermaßen aufwägen, gemeint sein kann.

Was nun die Erklärung des Ausdrucks ipso iure betrifft, so wird fast allgemein davon ausgegangen, daß es irgendeinen Gegensatz ausdrücken soll. Die materielle Ansicht faßt ipso iure als gleichbedeutend mit sine facto hominis auf. Die Vertreter der formellen Theorien (Brinz, Komp. S. 23, 39; Ubbelohde S. 18; Eisele, Comp. S. 190) sehen in ipso iure den Gegensatz zu ope exceptionis. Sie behaupten, das Vorbringen der Kompensation habe infolge der Bestimmung, daß die compensatio schon ipso iure eintrete, nicht auf dem Wege der exceptio in factum oder doli erfolgen müssen, sondern habe formlos geschehen können. Bemerkenswert ist noch die Auffassung Goldschmidts (S. 129) und Liebknechts (Komp. S. 16); sie erklären die ipso iure eintretende Kompensation als Gegensatz zu der vertragsmäßigen, der compensatio voluntaria, aus der sich die einseitige Aufrechnung ja erst entwickelt hat (Dernburg, Komp. S. 16) und legen daher ipso iure als im Sinne von reo invito aus. Im Gegensatz zu den bisher geschilderten Anschauungen nimmt Jörs (bei Birkmeyer, S. 130 ff.) an, daß ipso iure auch ohne Gegensatz zu erklären sei. Es sei nur als eine „Denkform" zur Erklärung der im Geiste vollzogenen Verrechnung der Forderungen anzusehen, die sich daraus erkläre, daß nach Anschauung der römischen Juristen Inhalt einer Obligation nur das sei, was im Prozesse geltend gemacht werden könne (Hartmann S. 26).

Die Frage nach dem Sinne des Ausdruckes ipso iure verliert allerdings an Bedeutung, wenn man unter Compensatio nicht mehr unbedingt die aufrechnungsweise Tilgung der Forderungen versteht. Daß aber der Satz „compensatio ipso iure fit" nicht dahin ausgelegt werden darf, daß im römischen Rechte die Forderungen schon durch

die Tatsache des Gegenüberstehens allein getilgt wurden, ergibt sich aus der Betrachtung der übrigen von der Kompensation sprechenden Quellenstellen. Aus diesen erhellt unzweifelhaft, daß die Kompensation im Sinne der gegenseitigen Aufhebung der Forderungen nur eintrat auf Grund des Willens einer Partei und der Mitwirkung des Richters (Kahlert, S. 23). Daß es in der Macht der Parteien lag, die Kompensation geltend zu machen, beweisen die Quellenstellen D. 16, 22, 2: si paratus est compensare; D. 16, 2, 1, 5: compensare velit; D. 16, 2, 16: vult compensare; besonders aber D. 16, 2, 10, 1: compensare potens non compensaverit und D. 27, 4, 14: utrum compensare an petere velit; ferner sind von Bedeutung C. 4, 31, 2: implorare compensationem und C. 4, 31, 6: compensationis aequitatem iure postulas.

Von richterlicher Tätigkeit handeln die Quellenstellen D. 16, 2, 16, 1; D. 16, 2, 7, 1; D. 3, 5, 7; 2; D. 27, 4, 1, 4; C. 4, 31, 3; sie sprechen von compensationem dare, admittere, denegare, compensationis rationem habere, compensari iubere.

Es wäre nun ganz unverständlich, daß die Parteien die Kompensation vor dem Richter geltend machen und erbitten mußten und daß der Richter sie gewähren oder versagen konnte, wenn die Forderungen sich nach römischer Rechtsauffassung schon durch ihr Gegenüberstehen aufgehoben hätten. Dabei verdient noch besonders hervorgehoben zu werden, daß der Richter nicht etwa kraft Gesetzes zwangsläufig dazu angehalten war, dem Kompensationsantrag stattzugeben, vielmehr konnte er hierüber nach seinem Gutdünken entscheiden. So heißt es in den Institutionen des Gaius lib. 4. § 63: Horum iudiciorum autem iudici nullo modo est iniunctum compensationis rationem habere. Wären die Forderungen aber wirklich ipso iure getilgt worden, so hätte der Richter die-

sen Umstand bei Kenntnis schon von selbst, zum mindestens aber auf Antrag einer Partei berücksichtigen müssen.

Wenn man also die von der Aufrechnung handelnden Quellenbelege im Zusammenhange miteinander betrachtet, so ist festzustellen, daß nicht schon die Aufrechnungslage allein die Tilgung der Forderungen zur Folge hatte; sondern der Satz »compensatio ipso iure fit« konnte vielmehr nur bedeuten, daß die gegenüberstehenden Forderungen sich aufwogen, so daß sie nicht mehr eingeklagt werden konnten, ohne daß der Kläger Gefahr lief, der Kompensationseinrede des Beklagten zu begegnen. (Vergl. hiezu Windscheid S. 463, 467; Kahlert S. 20, 23.) Die Aufhebung der Forderungen aber trat erst durch den Spruch des Richters ein.

Außer den schon genannten Stellen ist in der römischen Rechtsliteratur keine Darstellung des Aufrechnungsvollzuges zu finden. Es war daher erklärlich, daß sich die Glossatoren, denen der unmittelbare Zusammenhang mit dem römischen Rechtsleben fehlte und die sich daher den Aufbau der einzelnen Rechtsinstitute erst aus den Quellen zurückkonstruieren mußten, einer falschen Deutung des Aufrechnungsvollzuges zuwandten. Zudem waren ihnen die Institutionen des Gaius unbekannt, deren 4. Buch für das Verständnis der Kompensation unerläßlich ist. Daher stützte der Glossator Martinus seine Theorie lediglich auf die lex ultima Justinians und behauptete, da er unter compensatio nicht nur das Aufwägen, sondern die aufrechnungsweise Tilgung der Forderungen verstand, die beiden Ansprüche würden sich mit dem Augenblicke ihres Gegenübertretens von selbst aufheben.

Die Lehre des Martinus — in der Wissenschaft als absolute Theorie bezeichnet — fand bald Widerspruch, der von Bulgarus und seiner Schule, nämlich Johannes

Bassianus und Azo ausging. Azo lehrt in seiner Summa zum Codex in besonders klarer Weise:

> Et dixerunt quidam eam (nämlich compensationem) fieri ipso iure, ut etiam hominis facto non sit opus; sed ego puto, eam ipso iure tunc fieri, cum a partibus est opposita.

Nach Azo tritt somit die Aufhebung der Forderungen bei ihrem Gegenübertreten nicht von selbst ein, sondern nur dann — allerdings schon im Augenblicke des Gegenübertretens (vergl. tunc — cum) — wenn die Aufrechnungsmöglichkeit später von den Parteien geltend gemacht wird. Azo wurde so zum Begründer der sog. relativen Kompensationstheorien, die im Gegensatz zur absoluten des Martinus für den Aufrechnungsvollzug eine Willenserklärung als notwendig erachten.

In der Theorie des Martinus lag „der verhängnisvolle Wendepunkt in der Kompensationslehre" (Kahlert S. 21). Sie beherrschte bis ins 19. Jahrhundert die Rechtswissenschaft. Vertreten wurde sie u. a. von Tyndarus, Cujacius, Noodt, Hartter, Ascher und Krug. Vielfach wurde sie auf die Behauptung gestützt, eine und dieselbe Person könne nicht Gläubiger und Schuldner zugleich sein. So sagt Fenet (tome 13, p. 89; bei Holtzapfel S. 53, Anm. 1):

> La compensation est fondée sur le principe, que la même personne ne peut cumuler les qualités contraires de créancier et de débiteur.

Dabei verwechselte man aber die Kompensation mit der Konfusion. Die Konfusion setzt nur eine Forderung voraus, deren Gläubiger und Schuldner in einer Person zusammenfallen, während es sich bei der Kompensation um zwei gegenüberstehende Forderungen mit wechselseitigen Gläubigern und Schuldnern handelt. Einen Grund dafür, daß zwei gegenüberstehende Forderungen sich auf-

heben müßten, kann man aus dem Wesen der Obligation nicht herleiten.

Trotzdem war die absolute Theorie nicht nur im gemeinen Rechte fast allgemein anerkannt, sondern war auch maßgebend für die Gestaltung der Kompensation in den neuzeitlichen Kodifikationen. Sehr klar vertritt die Auffassung des Martinus der code civil von 1804 in Art. 1290 über die compensation légale:

> La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent reciproquement à l'instant, où elles se trouvent exister à la fois jusqu' à concurrence de leurs quotités respectives.

In ähnlicher Weise bestimmt das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 in § 301:

> Sobald die Forderung, durch welche die Kompensation **gesetzmäßig begründet** wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, soweit die Kompensation reicht, für erloschen erachtet.

Da aber § 300 ALR von einer „gegenseitigen Anrechnung dessen, was einer dem anderen schuldig ist", spricht, so vertrat nicht nur die Theorie, sondern auch die Rechtsprechung (Vergl. RG 7/245; OTr 4/208) die Ansicht, daß zur Tilgung der Forderungen eine Willenserklärung erforderlich sei. Diese Ansicht stand zwar im Gegensatz zum Willen der Gesetzgeber, welche „die Kompensation als eine vermöge des Gesetzes eintretende Aufhebung gegenseitiger Verbindlichkeiten so scharf wie möglich bezeichnen" wollten (s. Ges. Rev. Pens. 14); sie entsprang aber dem von der absoluten Theorie allmählich abrückenden Rechtsbewußtsein.

Einen Schritt weiter ging das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811. Zwar entsteht nach § 1438 dieses Gesetzes dann, „wenn Forderungen

gegenseitig zusammentreffen, ... eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Kompensation), welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirkt"; aber dieses Zugeständnis an die absolute Theorie ist nur scheinbar; die §§ 1440 ff. geben dem Schuldner die Möglichkeit, eine Forderung „in Aufrechnung zu bringen". Das österreichische Gesetzbuch verlangt also zur Geltendmachung der an sich eintretenden Kompensation eine Willenserklärung; es steht somit auf dem Boden der relativen Theorie.

Nachdem sich nunmehr überwiegend die Anschauung durchgesetzt hatte, daß zur Aufrechnung eine Willenserklärung der Parteien erforderlich sei, bestand noch Ungewißheit, ob diese Willenserklärung lediglich durch Vorschützen der Kompensationseinrede im Prozeß oder ob sie auch außergerichtlich abgegeben werden könne. Im römischen Rechte hatte diese Frage nicht aktuell werden können, weil hier die tilgende Aufrechnung nur durch den Richter vollzogen werden konnte. Ebenso war in der absoluten Theorie kein Platz für eine rechtsgeschäftliche Aufrechnung. Doch gelangte unter den neuzeitlichen Kondifikationen die Rechtsprechung dazu, dem Schuldner die Aufrechnungsbefugnis auch außerhalb eines Rechtsstreites zu gewähren.

Zum Abschluß wurde diese Entwicklung durch das Bürgerliche Gesetzbuch gebracht. Darnach wurde die Aufrechnung ein außergerichtliches Rechtsgeschäft. Doch der Streit über den Zeitpunkt des Eintritts der Kompensationswirkungen ist auch unter seiner Herrschaft noch nicht erloschen. Er knüpft sich an die Bestimmung des § 389 BGB, welche lautet:

> Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen

gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind.

Der Streit geht darum, wie diese der Aufrechnungserklärung beigelegte Rückwirkung zu erklären ist. Die absolute Theorie allerdings kommt mit Rücksicht auf § 387 BGB, wonach die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgt, nicht mehr in Betracht. Dagegen werden noch Auffassungen vertreten, die den relativen Theorien des gemeinen Rechts nahestehen und zwar hauptsächlich von den Anhängern der Pendenz- oder Suspensionstheorie. Nach dieser Theorie werden die Forderungen bereits in dem Augenblicke, in dem sie sich als zur Aufrechnung geeignet gegenübertreten, getilgt unter der aufschiebenden Bedingung, daß eine Partei die Aufrechnungserklärung abgibt (Enneccerus, Bd. I, S. 205; Liebknecht, Vorbeh. S. 108; Dernburg, Bürg. Recht, Bd. 2, S. 355).

Besonders ausgeprägt wird die Theorie der bedingten Selbstaufhebung vertreten von Enneccerus; nach ihm hat die Aufrechnung nur deklaratorische Bedeutung; sie stelle nur fest, daß die Forderungen bereits mit dem Eintritte der Aufrechenbarkeit erloschen seien. Enneccerus sagt ausdrücklich:

> Die (in Wahrheit über die Aufrechnung entscheidende) Erklärung wird mithin als nur aufklärend betrachtet. Sie zeigt, daß sich die beiden Forderungen schon damals, als sie einander zuerst aufrechenbar gegenübertraten, gegenseitig aufgehoben haben.

Der Pendenztheorie nahe verwandt ist die von Windscheid (Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. 2 S. 463) begründete Affektionstheorie. Nach ihr werden die Forderungen, obwohl sie erst durch die Aufrechnungserklärungen aufgehoben werden, schon durch die Aufrechnungslage rechtlich geschwächt und in ihrer Wirksamkeit gelähmt.

Die Theorie wird daher auch als Lähmungs- oder Entkräftungstheorie bezeichnet. Vertreten wird sie von Landsberg (S. 365), Weigelin (S. 12), Weißmann, (ZZP Bd. 26 S. 35) und insbesondere von Kohler (ZZP Bd. 24 S. 32). Kohler behauptet, daß die aufrechenbar gegenüberstehenden Forderungen eine gewisse Wirkung aufeinander ausübten. Diese Wirkung nennt er Vinkulierung der Forderungen. Dabei geht er über seine eigene Theorie noch hinaus, indem er eine bedingte Vinkulierung für diejenigen Forderungen annimmt, welchen im Zeitpunkte ihrer Fälligkeit eine andere Forderung bereits fällig gegenüber steht. (ZZP Bd. 24 S. 37).

Nach der herrschenden Retraktions- oder Fiktionstheorie dagegen übt die Aufrechnungslage keinerlei Wirkung auf die Forderungen aus. Sie stehen vielmehr bis zur Aufrechnungserklärung einander ganz unbeeinflußt gegenüber. Erst mit dem Aufrechnungsvollzug treten die Kompensationswirkungen ein; diese werden aber kraft positiver Gesetzesvorschrift durch Fiktion auf den Beginn der Aufrechnungslage zurückbezogen.

Die Beantwortung der Frage nach der Gestaltung des geltenden Aufrechnungsrechtes bildet zugleich die Grundlage für die Beurteilung der weiteren Frage, ob die Aufrechnungsbefugnis des Zessus gegenüber dem Zessionar ihren Grund hat in der Struktur der Aufrechnung. Denn je nachdem man sich für eine der heutigen relativen oder für die Retraktionstheorie entscheidet, wird auch die Beantwortung der zweiten Streitfrage verschieden ausfallen müssen. Nimmt man nämlich an, die Forderungen würden schon durch die Aufrechnungslage bedingt getilgt oder in ihrer Wirksamkeit geschwächt, so würde sich das Kompensationsrecht des Zessus aus dem Aufrechnungsvollzuge selbst herleiten lassen. Wenn der Forderung des Zedenten schon vor der Abtretung ein aufrechenbarer

Anspruch des Zessus entgegenstand, so war diese nach den jetzigen relativen Theorien schon vor der Abtretung und damit noch bei bestehender Gegenseitigkeit bereits bedingt getilgt oder wenigstens affiziert. Der Zessionar konnte dann die Forderung nur in diesem Zustande erhalten und müßte sich die Ausübung des Aufrechnungsrechtes durch den Zessus aus dem Grund gefallen lassen, weil es an der ihm abgetretenen Forderung gewissermaßen dinglich haftete.

Die Retraktionstheorie dagegen vermag für die Kompensationsbefugnis des Zessus keine Erklärung zu geben. Da nach ihr die Forderungen vor der Aufrechnungserklärung keine Wirkungen aufeinander ausüben, liegt kein wie bei den jetzigen relativen Theorien bestehender Anlaß vor, dem Schuldner die Aufrechnung gegenüber dem Erwerber der Forderung zu gestatten.

Die richtige Beurteilung der Frage, welche Theorie der heutigen Aufrechnung zu Grunde liegt, ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien und aus dem Gesetze selbst. Die Absicht der Gesetzgeber war, „klares und einfaches Recht" zu schaffen. Deshalb ging man davon aus, daß „vor erfolgter Aufrechnung sich die beiderseitigen Forderungen von der Kompensationslage völlig unberührt gegenüberstehen". (Motive Bd. 2 S. 107; Prot. Bd. 1 S. 370).

Trotzdem knüpfte der Entwurf die Wirkung der Aufrechnung zeitlich nicht an die Aufrechnungserklärung. Maßgebend war hiefür, daß sich sonst sowohl Verzinslichkeit als Verzug und Vertragsstrafe ausschließlich nach der Zeit der Kompensationserklärung beurteilten. Deshalb heißt es in den Motiven weiter:

„Die Annahme des Prinzips, daß die vollzogene Aufrechnung erst von der Aufrechnungserklärung an wirke, würde, um den Anforderungen des prakti-

schen Lebens und des Verkehrs zu genügen und mit dem geltendem Rechte in Einklang zu bleiben, unabweislich dazu nötigen, den gedachten Uebelständen durch eine größere oder geringere Zahl von positiven Bestimmungen zu begegnen .... Um allen diesen Mißständen vorzubeugen, bleibt in der Tat nur die Aufstellung der erwähnten Fiktion übrig". (Mot. Bd. 2 S. 109.)

Es wurde daher „im Wege positiver Satzung durch juristische Fiktion" die Aufhebung der Forderungen auf den Zeitpunkt des Eintritts oer Aufrechenbarkeit zurückbezogen. Wenn auch die Motive selbst zugeben, „es könne nicht ohne Grund gesagt werden, daß mit der Aufstellung der rückwirkenden Kraft im wesentlichen doch anerkannt werde, daß schon von dem Zeitpunkte an, wo die Forderungen sich kompensationsfähig gegenübertreten, die eine von der anderen beeinflußt sei," so erhellt doch aus den übrigen Erklärungen, daß die Gesetzgeber das Institut der Aufrechnung nach der Retraktionstheorie gestalten wollten.

Aber auch aus den Gesetzesbestimmungen selbst ergibt sich die Unhaltbarkeit der relativen Theorie. Schon der Wortlaut des vom Aufrechnungsvorgang handelnden § 389 BGB widerstreitet der Suspensionstheorie. Dieser spricht davon, die Aufrechnung „bewirke" das Erlöschen der Forderungen. Wenn nun die Aufrechnung, welche gemäß § 388 durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgt, das Erlöschen der Forderungen „bewirkt", so ist sie als Ursache, nicht nur als auslösende Bedingung gekennzeichnet. (Schubert S. 9).

Ferner ist bedeutsam, daß die Forderungen „als erloschen gelten"; sie sind also nicht tatsächlich oder auch nur bedingt mit der Aufrechnungslage schon erloschen. Von „Gelten" spricht vielmehr das Gesetz immer dann, wenn es etwas Unwirkliches im Wege der Vorstellung

als wirklich behandelt wissen will.

Die Retraktionstheorie wird weiter gestützt durch den Umstand, daß nach dem Gesetze jede der beiden Forderungen auch während der Aufrechnungslage den sonstigen Erlöschensgründen unterliegt. Dies ist zu schließen aus § 390 Satz 2 BGB, nach welchem die Verjährung aufrechenbarer Forderungen möglich ist. Wären nun die Forderungen aber wirklich unter aufschiebender Bedingung gelöscht worden, so können sie nicht auch noch der Tilgung durch Zeitablauf unterliegen. Es ist also anerkannt, daß die Forderungen auch während der Aufrechnungslage vollgültig weiterbestehen. (Windscheid — Kipp, Bd. 2 S. 290, Schlichting S. 59).

Ein weiteres Argument gegen die Suspensions- und auch gegen die Affektionstheorie bildet die Bestimmung des § 396 BGB. Hienach kann bei Vorliegen mehrerer aufrechenbarer Forderungen der aufrechnende Teil bestimmen, welche Forderungen zur Aufrechnung gelangen sollen. Dieses Wahlrecht des Aufrechnenden ist nicht zu erklären, wenn die Forderungen schon durch ihr Gegenübertreten bedingt getilgt oder affiziert wurden. Denn unter diesen Umständen könnte eine Tilgung der Forderungen nur nach der Reihenfolge eintreten, wie sie aufrechenbar einander gegenübergetreten sind. Im Gegensatz hiezu werden aber nicht einmal dann, wenn der Aufrechnende von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch macht oder der Gegner widerspricht, in erster Linie die zuerst fällig gewordenen Forderungen getilgt, sondern dann findet die allgemeine Tilgungsvorschrift des § 366 Abs. 2 BGB Anwendung.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß das Gesetz auf dem Boden der Retraktionstheorie steht. Bis zur Ausrechnungserklärung stehen sich die Forderungen objektiv völlig fremd, gleichgültig und wirkungslos gegenüber

(RG Bd. 66 S. 273). Die Aufrechnungslage übt auf die Forderungen keine rechtliche Wirkung aus; sie gibt lediglich das Recht, durch die Aufrechnung die Tilgung der beiden Forderungen herbeizuführen.

Doch hat das Gesetz in einigen positiv bestimmten Fällen der wirtschaftlichen Bedeutung der Aufrechnungslage Rechnung getragen. Aus ihnen hat man zur Erklärung der Suspensions- und der Affektionstheorie den Satz herleiten wollen, daß für den Eintritt der Wirkungen der Aufrechnung eben nicht die Aufrechnungserklärung, sondern das Gegenübertreten der Forderungen maßgebend sei. In Wirklichkeit aber handelt es sich hier um Ausnahmebestimmungen, welche dem Schuldner das in der Aufrechnungslage liegende Aufrechnungsrecht auch nach Fortfall der Aufrechenbarkeit aus Billigkeitsgründen noch weiter erhalten.

So kann nach den §§ 357, 554 Abs. 2 BGB ein Vertragsteil die durch die Nichterfüllung seiner Schuld entstandenen nachteiligen Folgen, nämlich den Rücktritt, bezw. die Kündigung des Vertragsgegners, durch nachträgliche Aufrechnung unwirksam machen, wenn er sich von seiner Verbindlichkeit vorher durch Aufrechnung befreien hätte können. Dieses nachträgliche Aufrechnungsrecht steht ihm aber nur dann zu, wenn er es unverzüglich ausübt. Es ist also nicht die Folge einer vorher eingetretenen bedingten Tilgung oder Lähmung, sondern lediglich eine ausnahmsweise noch nachträglich gewährte Aufrechnungsmöglichkeit. Im übrigen könnten die beiden genannten Bestimmungen sogar umgekehrt als Stütze für die Retraktionstheorie verwendet werden, wenn man bedenkt, daß die Aufrechnungslage den Eintritt des Verzuges nicht hindern konnte.

Insbesondere die Vorschrift des § 390 S. 2 BGB wird von den Anhängern der Theorie der bedingten Tilgung zur Begründung ihrer Ansicht verwertet. Die

Tatsache, daß die Aufrechnung verjährter Forderungen nicht ausgeschlossen ist, wenn die Aufrechnungslage schon vor der Verjährung der aufzurechnenden Forderung bestanden hatte, beseitigt nach Liebknecht (Vorbeh. S. 109) alle Zweifel, die man etwa gegen die Suspensionstheorie haben könnte. Die Bestimmung des § 390 BGB gibt aber doch wohl zu einer solchen Ansicht keinen Grund. Denn wenn man sie als Ganzes betrachtet, so ergibt sich, daß die mit der Verjährungseinrede behafteten Forderungen in Gegensatz gestellt sind zu den sonstigen einredebehafteten Forderungen. Während solche nicht aufgerechnet werden können, ist dies mit verjährten Forderungen der Fall. Aus dieser Gegenüberstellung der beiden Arten von einredebehafteten Forderungen ergibt sich, daß als Kompensationsobjekt nicht die unverjährte, bei Eintritt der Aufrechnungslage vorliegende Forderung, sondern die zur Zeit der Aufrechnungserklärung schon verjährte Forderung gedacht ist. (Schubert, S. 13.) Damit aber entfällt die Annahme, eine verjährte Forderung könne aus dem Grunde zur Kompensation gebracht werden, weil sie eigentlich schon zu der Zeit, wo sie noch nicht mit der Verjährungseinrede behaftet war, bedingt getilgt worden sei. Im übrigen erhellt auch noch aus den Gesetzgebungsverhandlungen (Prot. Bd. 1 S. 363), daß die Vorschrift des § 390 S. 2 aus Billigkeitsgründen getroffen wurde, um dem Schuldner, der im Vertrauen auf seine Aufrechnungsbefugnis die Forderung verjähren ließ, sein an sich verlorenes Kompensationsrecht zu erhalten.

Als Ergebnis ist also festzustellen, daß das Gesetz durchwegs an dem Grundsatz festgehalten hat, daß die gegenüberstehenden Forderungen sich vor der Aufrechnungserklärung unbeeinflußt gegenüberstehen. Aus der Struktur des Aufrechnungsvollzuges läßt sich daher kein Grund für die Aufrechnungsbefugnis des Zessus gegen=

über dem Zessionar mit einer Forderung an den Zedenten herleiten.

§ 5. Die Aufrechnungsbefugnis des Schuldners nach § 406 BGB beruht nicht auf der Konstruktion der Abtretung.

Die Frage, ob die rechtliche Konstruktion der Abtretung eine Erklärung für die Aufrechnungsbefugnis des Zessus gibt, hängt davon ab, ob der Zessionar wirklicher Gläubiger der abgetretenen Forderung geworden ist oder nur das Ausübungsrecht daran erworben hat. Im ersten Falle ist tatsächlich ein Wechsel in der Person des Gläubigers eingetreten; es kann also, da — wie vorhin bewiesen — die Aufrechnungsbefugnis nicht an der abgetretenen Forderung selbst haftet, das Kompensationsrecht des Zessus nicht aus Rechtsgründen hergeleitet werden. Die Gegenseitigkeit der Forderungen ist ja durch die Abtretung aufgehoben und der alte Gläubiger aus dem Schuldverhältnis vollständig ausgeschieden.

Wäre dagegen der Zessionar lediglich befugt, die Forderung des Zedenten an seiner Statt einzutreiben, so könnte er die Forderung nur insoweit geltend machen, als sie dem Zedenten zustände. Der Schuldner könnte ihm dann alle Rechte entgegensetzen, die er gegen den Zedenten hat. Er könnte dann also auch mit den ihm gegen den Zedenten zustehenden Forderungen gegen die „abgetretene" aufrechnen.

Nun ist die Frage durch die Gestaltung, welche die Abtretung im geltenden Rechte gefunden hat, in einer, wie es scheinen sollte, eindeutigen Weise gelöst worden. Trotzdem finden sich im Schrifttum vereinzelt Stimmen (z. B. Kohler, ZZP. Bd. 24 S. 38), die auf eine Verkennung des Zessionsvorgangs schließen lassen; es dürfte daher nicht ganz unangebracht sein, die geschichtliche Entwicklung der Abtretung in kurzen Zügen darzustellen und

auf solche Weise unsere heutige Forderungsabtretung als Ergebnis dieser Entwicklung kennen zu lernen.

Dem altrömischen Rechte war die Forderungsabtretung überhaupt unbekannt nach damaliger Anschauung war die Obligation untrennbar verknüpft mit den Personen, die sie abgeschlossen hatten. Der Grund hiefür lag zum großen Teil in den strengen Schuldverhältnissen jener Zeit. Der Schuldner haftete seinem Gläubiger nicht nur mit seinem Vermögen, sondern auch mit seiner Freiheit und Person; es war ihm daher durchaus nicht gleichgültig, daß er statt seines Gläubigers einen anderen erhielt, der vielleicht strenger gegen seinen Schuldner verfuhr (vergl. Holtzapfel S. 17 und die dort angeführte Literatur). Das Schuldverhältnis hatte daher damals einen rein persönlichen Charakter. Zu diesem mehr psychologischen Grunde kam außerdem, daß die Forderungsabtretung auch der konkreten Struktur des altrömischen Rechtes widersprach. Die Forderung war als ungreifbarer Gegenstand nicht als Objekt der nur für körperliche Sachen bestimmten Uebertragungsform der mancipatio oder in iure cessio geeignet.

Die Zession mußte daher auf die Art umgangen werden, daß der Schuldner vom ersten Gläubiger aus dem Schuldverhältnisse entlassen wurde und sich einem anderen in gleicher Weise verpflichtete, welcher Vorgang Schuldnovation genannt wurde (Gaius II, 38).

Der Nachteil der Schuldnovation lag darin, daß sie an die Mitwirkung des Schuldners gebunden war und nicht eine eigentliche Forderungsübertragung, sondern Begründung eines neuen Schuldverhältnisses — wenn auch gleichen Inhalts — darstellte. Erst mit dem Aufkommen des Formularprozesses bot sich die Möglichkeit, durch das Institut der Prozeßstellvertretung eine direkte Beziehung zwischen dem ersten Gläubiger und demjenigen, der die

Forderung erhalten sollte, zu schaffen. Allerdings erhielt der Prozeßstellvertreter nicht das Forderungsrecht selbst, sondern nur die Vollmacht, die Forderung für den Gläubiger in dessen Namen einzutreiben, wobei jedoch die Nebenabrede getroffen war, er solle das Erlangte für sich behalten. Er war also procurator in rem suam und unterlag als Mandatar allen Beschränkungen eines solchen.

Einen Schritt weiter in der Entwicklung der Forderungsübertragung bildete daher die später erfolgende Ausbildung der actio utilis suo nomine, durch die dem Erwerber einer Forderung ein eigenes Klagerecht gewährt wurde. Die actio utilis verlieh also nicht wie die actio mandata nur die Ausübung eines fremden Forderungsrechtes, sondern gab dem Erwerber ein eigenes selbständiges Recht, die Forderung einzuklagen. Das Forderungsrecht selbst blieb aber bei dem ursprünglichen Gläubiger; nur der daraus resultierende Klageanspruch wurde auf den Erwerber übertragen. Dem Erfolge nach war das eine Forderungsabtretung; allein die vollständige Sondernachfolge wurde im römischen Recht nicht ausgebildet.

In dieser Gestalt kam die Forderungsübertragung durch die Rezeption nach Deutschland. Nach deutschrechtlicher Auffassung aber war eine Forderung eine Sache und konnte wie jede andere Sache veräußert werden. Diese deutsche Auffassung behauptete sich auch gegen das fremde Recht, bis die historische Schule des 19. Jahrhunderts unter Führung Mühlenbruchs (Zession, 1. Aufl. 1817, vergl. Holtzapfel S. 5) auf das römische Recht zurückgriff und im Anschluß hieran die Unübertragbarkeit der Forderungen lehrte. Nach ihrer Anschauung hatte der Zessionar lediglich das Ausübungsrecht an der Forderung erworben.

Die Auffassung der historischen Schule vermochte sich aber gegen die Verkehrsbedürfnisse und Anschau-

ungen des Wirtschaftslebens nicht durchzusetzen; fast alle Gesetzgebungen der neueren Zeit (z. B. code civil Art. 1689, Oesterreichisches Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, § 1394, Allgemeines Landrecht I 11 § 376) haben die Uebertragbarkeit der Forderungen anerkannt.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch steht auf dem Boden des Prinzipes der Sondernachfolge. Dies drücken die Motive (Bd. 2. S. 118) klar aus mit den Worten:

> „Der Entwurf beruht auf dem Grundsatze, daß die aus Schuldverhältnissen entspringenden Forderungen vermöge besonderen Rechtstitels in der Art auf einen anderen als den bisherigen Gläubiger übertragen werden können, daß mit der Uebertragung der letztere aufhört, Gläubiger zu sein, und derjenige, auf welchen die Forderung übertragen wird, als neuer Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt, die übertragene Forderung somit als eigene erwirbt."

Außerdem war im Entwurfe der 4. Titel des 1. Abschn. des Rechtes der Schuldverhältnisse, welcher von der Uebertragung der Forderung und der Schuldübernahme handelte, mit „Sondernachfolge in Forderung und Schuld" bezeichnet. Zwar drückt das Bürgerliche Gesetzbuch den Grundsatz der Sondernachfolge selbst nicht so wörtlich aus wie der Entwurf, immerhin aber ergibt sich aus § 398 BGB, daß es auf dem Prinzipe der Singularsukzession steht. Satz 2 dieser Bestimmung lautet nämlich:

> Mit dem Abschluß des (Abtretungs-)Vertrages tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers.

Trotzdem wird auch unter Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches noch die Ansicht vertreten, der Zessionar habe an der abgetretenen Forderung nur ein Verfügungsrecht erlangt. So behauptet Kohler im Zusammenhange mit

seiner Aufrechnungstheorie (ZZP. Bd. 24 S. 38):

„Die Vinkulierung bewirkt, daß der debitor cessus sein Kompensationsrecht behält, soweit es im maßgebenden Augenblicke schon besteht. Umgekehrt behält der Zedent das Kompensationsrecht, aber nur mit Zustimmung des Zessionars. Er behält es unter Berücksichtigung des dem Zessionar abgetretenen Verfügungsrechts."

Hienach hat also der ursprüngliche Gläubiger nach erfolgter Abtretung noch die Befugnis, mit der abgetretenen Forderung dem Schuldner gegenüber zu kompensieren. Nach der Ansicht Kohlers muß der Zedent auch nach der Abtretung noch Gläubiger der abgetretenen Forderung sein oder wenigstens gewisse Gläubigerrechte an ihr behalten haben.

Einer ähnlichen Inkonsequenz macht sich auch Siber (S. 101) schuldig, wenn er behauptet, der Schuldner könne seine nach § 406 BGB erfolgende Aufrechnungserklärung „auch" dem Zedenten gegenüber abgeben; die Aufrechnungserklärung könnte doch nur dann dem Zedenten gegenüber abgegeben werden, wenn dieser noch das Gläubigerrecht an der Passivforderung hätte.

Entstehungsgeschichte und Wortlaut des Gesetzes beweisen aber klar, daß durch die heutige Forderungsabtretung der alte Gläubiger vollständig aus dem Schuldverhältnis ausscheidet und der neue an seine Stelle tritt. Auch im Wesen der Abtretung läßt sich also keine Erklärung der Aufrechnungsbefugnis des Zessus finden.

Durch das Bürgerliche Gesetzbuch ist zugleich noch in einer anderen Frage, welche für die bei der Zession erfolgende Aufrechnung Bedeutung hat, Klarheit geschaffen worden. Es ist das die Frage, wann die Abtretung dem Schuldner gegenüber wirksam wird. Im gemeinen Recht war es streitig, in welchem Zeitpunkte sich der Gläu-

digerwechsel vollzog, ob schon durch den Abtretungsvertrag zwischen den beiden Gläubigern oder erst durch die Denuntiation d. h. durch die Benachrichtigung des Schuldners von der erfolgten Abtretung. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Entscheidung dahin getroffen, daß die Forderungsabtretung schon mit der gegenseitigen Willenserklärung der Vertragsschließenden vollendet und in ihrer Gültigkeit und Wirksamkeit auch dem Schuldner gegenüber nicht durch Denuntiation bedingt ist. (Mot. Bd. 2 S. 120). Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut des § 398 BGB, nach welchem schon mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrages der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen tritt.

§ 6. Die Vorschriften der §§ 406—408 BGB beruhen auf Billigkeitserwägungen.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen steht also fest, daß die Aufrechnungsbefugnis des Zessus gegenüber dem Zessionar mit einer Forderung an den Zedenten weder in dem Aufrechnungsvollzug noch in der Wirkung der Abtretung ihre rechtliche Grundlage hat. Tatsächlich ist diese Kompensationsmöglichkeit überhaupt nicht aus Rechtsgründen, sondern nur aus rechtspolitischen Erwägungen zu erklären. Die Vorschrift des § 406 BGB hat den Zweck, den Schuldner vor einer ihm nachteiligen Folge der Zession dadurch zu schützen, daß sie ihm das an sich schon verloren gegangene Aufrechnungsrecht erhält.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat mit der Bestimmung des § 406 keinen neuen Weg beschritten, sondern nur einen vorher schon fast allgemein durchgeführten Grundsatz kodifiziert. Auch im gemeinen Rechte war die Aufrechnungsbefugnis des Zessus bereits anerkannt. Man ging dabei aus von der Erwägung, die rechtliche Stellung des Zessus dürfe durch die Abtretung nicht verschlechtert werden. Dieser Grundsatz war schon in den Quellen ganz allgemein ausgesprochen mit den Worten:

> Non debeo melioris condicionis esse quam auctor meus, a quo ius in me transiit. (s. fr. 175 § 1 Dig. de R. J. 50, 17).

Nun würde aber der Zessionar zweifelsohne eine derartige bessere Stellung besitzen als sein auctor, der Zedent, wenn ihm gegenüber der Schuldner nicht die Forderungen aufrechnen könnte, die er gegen den Zedenten hätte kompensieren können.

In ähnlicher Weise bestimmte das Allgemeine Landrecht I 11 § 408 zum Schutze des Schuldners:

> Ueberhaupt darf die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung des Rechtes an einen anderen nicht erschwert werden.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch steht auf dem Standpunkte, daß der gutgläubige Schuldner gegen die Nachteile, die für ihn aus der Zession erwachsen, geschützt werden müsse. Bei der Gestaltung, welche die Abtretung im geltenden Rechte erfahren hat, ist eine solche Berücksichtigung des Schuldners auch unbedingt erforderlich. Es bedarf ja zum Eintritt der Wirkungen der Abtretung nicht einmal der Benachrichtigung des Schuldners, noch viel weniger natürlich seiner Zustimmung. Er steht daher dem Abschluß des Vertrages völlig machtlos gegenüber, obwohl Objekt des Vertrages die gegen ihn gerichtete Forderung ist. Es kann aber für ihn oft durchaus nicht gleichgültig sein, an Stelle seines ursprünglichen Gläubigers einen anderen zu erhalten. Es war daher das Bestreben der Gesetzgeber, dem Schuldner möglichst die rechtliche Lage dem Zessionar gegenüber zu erhalten, wie er sie gegenüber dem Zedenten hatte.

Nun ergibt sich schon aus dem Prinzipe der Sondernachfolge, daß die abgetretene Forderung auf den neuen Gläubiger nur so, d. h. mit denjenigen Mängeln behaftet, übergehen kann, wie sie dem bisherigen Gläubiger zustand. (Mot. Bd. 2 S. 128). In konsequenter Durchführung dieses Gedankens gibt § 404 BGB dem Zessus das Recht, dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegenzusetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Unter Einwendungen sind dabei sowohl die eigentlichen Einwendungen als auch die Einreden zu verstehen. (Mot. Bd. 2 S. 129.)

Mit dieser Bestimmung allein wäre aber dem Schuldner für den Fall, daß ihm gegen den alten Gläubiger eine aufrechenbare Forderung zusteht, nichts gedient, da die Aufrechnungslage keine Einrede im Sinne des Gesetzes begründet (Mot. Bd. 2 S. 107; vergl. auch RG in Jur. Wochenschr. 07 S. 742; Kamnitzer S. 43). Es mußte daher der Aufrechnung noch besonders gedacht werden.

Zwar trugen die Gesetzgeber vom Standpunkte der juristischen Konsequenz aus, hauptsächlich mit Rücksicht auf die Voraussetzung der Gegenseitigkeit der Forderungen, Bedenken, dem Schuldner die Aufrechnungsbefugnis mit Forderungen gegen den früheren Gläubiger zuzugestehen. „Allein Billigkeit und praktische Rücksichten drängten dahin, dem geltenden Rechte — das ja die Kompensationsbefugnis überwiegend anerkannt hatte — zu folgen". (Mot. Bd. 2 S. 131). Der leitende Gedanke war auch hier, daß die rechtliche Lage, die Möglichkeit, zu kompensieren, dem Schuldner durch die Forderungsübertragung nicht entzogen werden dürfe (Mot. Bd. 2 S. 131).

Aus diesem Gesichtspunkte heraus sind auch die Beschränkungen zu beurteilen, denen die Aufrechnungsbefugnis des Zessus nach § 406 BGB unterliegt. Dem Schuldner soll die Aufrechnungsbefugnis nur soweit gewährt werden, als es zu seinem Schutze erforderlich ist. Nun würde das Nächstliegende sein, die Aufrechnung nur derjenigen Forderungen zuzulassen, welche der Schuldner schon vor der Abtretung inne hatte. Da aber zur Wirksamkeit der Zession keine Benachrichtigung des Schuldners erforderlich ist, ist dem Schuldner in § 406 BGB aus den gleichen Billigkeitsgründen, die zur Gewährung des Aufrechnungsrechts überhaupt geführt haben, die Kompensation auch derjenigen Forderungen zugestanden worden, die er zwar

erst nach der Abtretung, aber noch vor seiner Kenntnis hievon erworben hatte. Demgemäß bleibt ihm das schon vor der Abtretung erworbene und das in gutem Glauben nach der Abtretung vermeintlich erworbene Aufrechnungsrecht erhalten.

Wirklich erworben hat aber der Schuldner sein Aufrechnungsrecht nur dann, wenn er in der Lage war, dem Zahlungsbegehren des Gläubigers mit der Aufrechnung seiner Forderung zu begegnen. Dies ist der Gedanke, welcher der zweiten Ausnahme des § 406 zu Grunde liegt und der auch zur richtigen Beurteilung der hierüber bestehenden Streitfrage führt. Wie oben bereits erwähnt, herrscht im Schrifttum darüber Uneinigkeit, ob dem Schuldner die Aufrechnung mit Forderungen, die erst nach Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden sind, lediglich dann nicht gestattet ist, wenn die Forderungen erst nach der Abtretung erworben sind, oder auch dann nicht, wenn sie schon vor der Abtretung erworben sind.

Zur Klärung dieser Streitfrage trägt schon die Entstehungsgeschichte der Bestimmung viel bei. § 303 des 1. Entwurfes lautete:

> Der Schuldner kann eine Gegenforderung, welche ihm gegen den bisherigen Gläubiger zusteht, gegenüber dem neuen Gläubiger zur Aufrechnung bringen, wenn sie ihm bereits zu der Zeit zustand, in welcher er von der Uebertragung Kenntnis erhalten hat.

Nach der Begründung, welche die Motive diesem Satze geben, „ist die Aufrechnungsbefugnis nicht dadurch bedingt, daß die betreffende Gegenforderung des Schuldners zur Zeit, da er von der Uebertragung Kenntnis erhielt, schon fällig war, auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie später als die übertragene Forderung fällig wurde.“ (Mot. Bd. 2 S. 132).

Darnach hätte also der Schuldner mit vor der Abtretung erworbenen Forderungen aufrechnen können, auch wenn diese Forderungen erst nach der Abtretung und später als die abgetretene Forderung fällig wurden.

Diese Anschauung wurde aber beim 2. Entwurfe verlassen. Die dem jetzigen § 406 entsprechende Bestimmung erhielt folgende Fassung (Prot. Bd. 1 S. 391):

> Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Gegenforderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber zur Aufrechnung bringen, es sei denn, daß ihm die Uebertragung zu der Zeit bekannt war, in welcher er die Gegenforderung erworben hat. Die Aufrechnung findet nicht statt, wenn die Gegenforderung erst nach dieser Zeit und später als die übertragene Forderung fällig geworden ist.

Durch diese Bestimmung allein ist über die Streitfrage ja noch nicht entschieden; dies geschieht vielmehr erst in der Begründung, welche auf die bei der Beratung erfolgte Abänderung des § 286 (jetzt § 392) Bezug nimmt. Der dortige Aenderungsantrag ist nach den Protokollen (Bd. 1 S. 373) dahin auszulegen, daß er auch schon die Aufrechnung mit einer schon vor der Beschlagnahme begründeten Gegenforderung verbietet, wenn diese erst nach der Beschlagnahme und später als die beschlagnahmte Forderung fällig geworden ist. Als Grund hiefür wurde angegeben, es dürfe dem Schuldner nicht gestattet werden, sich das Aufrechnungsrecht dadurch zu verschaffen, daß er die Erfüllung seiner Schuld bis zur Fälligkeit der Gegenforderung verzögere.

Auch die Fassung des § 406 BGB hat keine endgültige Klarheit geschaffen, so daß auch jetzt noch beide Meinungen vertreten werden. Einige (Staudinger, § 406 Anm. 1 und 2; Rehbein, Komm. Bd. 2 S. 403; Lippmann, Iherings Jahrb. Bd. 32 S. 198, Bd. 43 S. 462; von

Tuhr, D. J. Z. 1901 S. 426; Simonson, Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 244; Kammnitzer S. 35) rechnen unter die 2. Ausnahme des § 406 die vor der Abtretung erworbenen Forderungen nicht, während die herrschende Meinung (Vergl. u. a. Eccius, Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 253; Siber, Komp. S. 122; Kohler, ZZP Bd. 24 S. 32; Schollmeyer, § 406 Anm. 1) das tut.

Bei der Beurteilung dieser Frage ist wiederum davon auszugehen, daß § 406 in Ergänzung zu § 404 bezweckt, dem Schuldner die Rechtsstellung gegenüber dem Zessionar zu erhalten, die er gegen den Zedenten hatte. Nur insoweit wird der Schuldner geschützt.

Nun hätte der Schuldner auch ohne die Abtretung keine sichere Aussicht gehabt, mit einer ihm zustehenden Forderung aufrechnen zu können, wenn diese erst später als seine Schuld fällig wurde. Denn der Gläubiger kann ja nach Fälligkeit seiner Forderung sofort Erfüllung verlangen und der Schuldner kann sie nicht verweigern, ohne in Verzug zu kommen, auch wenn seine Forderung nur kurze Zeit später fällig wird. Wenn also der Gläubiger seine Schuld abtrat, bevor die Forderung des Schuldners fällig wurde, so hatte der Schuldner die Möglichkeit der Aufrechnugn noch nicht erlangt.

Das Gesetzt gibt aber dem Schuldner das Aufrechnungsrecht gegenüber dem neuen Gläubiger nur insoweit, als er es schon vor der Abtretung, bezw. der Kenntnis hievon, wirklich hatte. Daher sind unter den Forderungen, die nach der 2. Ausnahme des § 406 nicht zur Aufrechnung gebracht werden dürfen, nicht nur die nach der Aufrechnung erworbenen, sondern auch die vorher erworbenen zu verstehen.

Die Gegner der herrschenden Meinung, welche den Schuldner für benachteiligt halten, wenn ihm die Aufrechnungsmöglichkeit versagt wird, die er dadurch erlangt,

daß er seine Leistung bis zur Fälligkeit hinauszieht, müßten folgerichtig die Aufrechnung auch mit erst nach der Abtretung gutgläubig erworbenen Forderungen zulassen, da der Schuldner beim Erwerb der Forderungen glauben konnte, auch ihre Erfüllung bis zur Fälligkeit verzögern zu können. Sie müßten also die zweite Ausnahme des § 406 überhaupt ablehnen.

Gegen die herrschende Lehre wird auch der Einwand gebracht, sie verschlechtere die Lage des Zessus dadurch, daß sie ihm nicht gestatte, beim gegenseitigen Vertrage seinen aus Verzug oder positiver Vertragsverletzung des Zedenten nach der Abtretung entstandenen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Zessionar im Wege der Aufrechnung geltend zu machen (Kamnitzer S. 47). Diese Ansicht ist in ihrem Ergebnis nicht richtig. Auch nach der herrschenden Lehre erleidet der Schuldner hier keinen Nachteil. Tritt nämlich bei einem gegenseitigen Vertrage ein Teil seine Forderung an einen Dritten ab, so ergibt sich die eigenartige Tatsache, daß aus dem Vertrage auf einer und derselben Seite der Zedent verpflichtet und der Zessionar berechtigt ist. Erfüllt nun der Zedent nach der Abtretung nicht oder nicht richtig oder nicht rechtzeitig, so stehen dem Schuldner die Rechte aus den §§ 286 Abs. 1, 326 BGB zu. Die sich hieraus ergebenden Rechte kann der Schuldner dem Zessionar entgegenhalten, da sie in dem gegenseitigen Vertrage ihren Grund haben und deshalb schon zur Zeit der Abtretung begründet waren, wenn auch das sie auslösende Verhalten des Vertragsgegners erst nach der Abtretung erfolgt ist (RGR Komm. § 404 Anm. 1; RG Bd. 72 S. 213). So betonen die Motive (Bd. 2 S. 129), daß bei gegenseitigen Verträgen der Zessionar sich alle Einwendungen gefallen lassen muß, die sich aus der späteren Entwicklung des Rechtsverhältnisses ergeben (RGR Komm. § 404 Anm. 2).

Wählt der Schuldner Rücktritt oder Schadensersatz, so kann er dem Zessionar Erfüllung verweigern; im ersten Falle beruht dieses Recht auf der in § 346 BGB bestimmten obligatorischen Rückgewährpflicht (§§ 326, 327, 346 BGB); im zweiten Fall erfolgt nach der vom Reichsgericht vertretenen Differenztheorie eine völlige Umwandlung des Vertragsverhältnisses; an die Stelle des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung tritt der einseitige Anspruch des nichtsäumigen Teiles auf Schadenersatz, d. h. auf Leistung des positiven Erfüllungsinteresses (Rosenthal § 326 Anhang 1, Nr. 1); auch hier hat also der Zessionar keinen Anspruch auf Erfüllung.

Entscheidet sich der Zessus aber dazu, Erfüllung seiner Forderung und Schadenersatz zu verlangen, so kann er seinen Schadenersatzanspruch im Wege des ihm nach § 320 BGB zustehenden Leistungsverweigerungsrechtes dem Schuldner entgegenhalten und dessen Befriedigung in Höhe dieses Betrages verweigern. Diese einredeweise Entgegensetzung von Forderungen gemäß §§ 320 ff, 326 BGB enthält nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts keine Aufrechnung (RGR Komm. § 404 Anm. 1; RG in Warneyer 1914 Nr. 329; a. A. wohl Rosenthal, Anhang 1 zu § 326, Nr. 4a). Würde man hierin eine Aufrechnung erblicken, so wäre dies unzulässig, da die Schadenersatzforderung erst nach der Abtretung und später als die abgetretene Hauptforderung fällig geworden ist. So aber kann der Schuldner die schon vor der Abtretung begründete Einwendung dem neuen Gläubiger gemäß § 404 entgegensetzen. Die Rechtsstellung des Schuldners ist also auch hier gegen eine Benachteiligung aus der Abtretung gesichert.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß die Bestimmungen der § 406 ff BGB aus Billigkeitserwägungen geschaffen sind. Im Gegensatz hiezu wollen die Anhänger

der Suspensions- und Affektionstheorie den § 406 zur Stützung ihrer Ansicht verwenden. Nach ihrer Meinung beruht die Kompensationsbefugnis des Zessus darauf, daß die abgetretene Forderung eben durch die Aufrechnungslage schon bedingt getilgt bezw. geschwächt worden und in diesem Zustande auf den Zessionar übergegangen sei. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß der Schuldner ja auch dann aufrechnen darf, wenn er seine Forderung erst nach der Abtretung der Gegenforderung, aber in Unkenntnis der Abtretung erworben hat. Hier versagen die Ansichten, die als Ursache der Aufrechnungsmöglichkeit die Aufrechnungslage ansehen, weil ja hier eine solche gar nicht vorgelegen hat, vielmehr Forderungen zur Aufrechnung kommen, welche die Voraussetzung der Gegenseitigkeit gar nie erfüllt haben.

Eine ähnliche Stellung wie die Anhänger der relativen Theorien nehmen auch Bromberg und Kamnitzer ein, obwohl sie die relativen Theorien grundsätzlich ablehnen. Auf einem Umwege kommen sie aber zu demselben Ergebnisse wie diese. Nach Bromberg (S. 40) erzeugt die Aufrechnungslage ein durch Zession unentziehbares Aufrechnungsrecht, während Kamnitzer (S. 29) annimmt, daß mit dem Gegenübertreten zweier gleichartiger Forderungen für beide Gläubiger ein Deckungsrecht entstehe, mit dem die gegenüberstehende Forderung belastet sei. Diese Ansichten sind im Grunde nichts anderes als eine Variation der Affektionstheorie und daher aus den gleichen Gründen wie diese abzulehnen.

Der Erwähnung bedarf noch der von Holtzapfel (S. 102) bezüglich des § 406 vertretene Standpunkt. Er sieht darin „eine erhebliche und im Grunde völlig unberechtigte Bevorzugung des Schuldners gegenüber dem Zessionar." Der Schuldner habe schon vor der Abtretung die Möglichkeit der Kompensation gehabt und es sei nicht

nötig, ihn zu berücksichtigen, wenn er die Aufrechnung unterlassen habe. Holtzapfel übersieht aber hier, daß das Aufrechnungsrecht keine Aufrechnungspflicht bedeutet. Auch kann einem Gläubiger nicht gestattet werden, durch Zession dem Schuldner die Aufrechnung unmöglich zu machen.

Eine der Ansicht Holtzapfels verwandte Auffassung verficht auch Schubert (S. 30). Seines Erachtens geht die jetzige Fassung des § 406 zu weit. Dem Schuldner dürfe die Aufrechnung nur dann zugestanden werden, wenn sie unverzüglich erfolge. Denn es handle sich hier um eine Ausnahmebestimmung und eine solche könne nicht über das Maß des sie veranlassenden Bedürfnisses ausgedehnt werden. Diesen Ausführungen liegt eine gewisse Berechtigung zu Grunde. Die Anregung Schuberts findet auch eine Stütze in den Bestimmungen der §§ 357 und 554 BGB, nach denen der Schuldner die nachteiligen Folgen seines Verzugs nur durch sofortige Aufrechnung beseitigen kann. Auch wäre es ein Gewinn für den Zessionar, wenn er alsbald darüber Klarheit erhielte, ob seiner Forderung ein Kompensationsrecht entgegensteht oder nicht. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß der Schuldner seine Aufrechnungsbefugnis durch die Abtretung ohne jegliches Verschulden seinerseits verliert und es daher ungerecht wäre, die billigerweise trotzdem zugelassene Kompensation auf den Fall zu beschränken, daß sie unverzüglich erfolge. Und da § 406 zum Schutze des Zessus geschaffen wurde, dürfte er doch in seiner jetzigen Fassung dem Ausgleich der widerstreitenden Interessen am besten entsprechen.

Zweiter Abschnitt.

Das Kommissionsgeschäft.

§ 7. Rechtliche Natur des Kommissionsgeschäftes.

Das Kommissionsgeschäft ist eines der wichtigsten handelsrechtlichen Institute. Im Gesetze selbst ist keine Begriffsbestimmung des Kommissionsgeschäftes, sondern nur eine des Kommissionärs gegeben. Nach § 383 HGB ist Kommissionär, wer es gewerbsmäßig übernimmt, Waren oder Wertpapiere für Rechnung eines anderen — des Kommittenten — in eigenem Namen zu kaufen oder zu verkaufen. Der Begriff der als Kommissionsgeschäfte behandelten Rechtsgeschäfte ist jedoch weiter gezogen als der enge Begriff des Kommissionärs. Nach § 406 Abs. 1 HGB finden die Vorschriften über das Kommissionsgeschäft auch dann Anwendung,

1. wenn ein Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer als der im § 383 HGB bezeichneten Art für Rechnung eines anderen in eigenem Namen zu schließen übernimmt und
2. wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft für Rechnung eines anderen in eigenem Namen zu schließen übernimmt.

Wie Kommissionsgeschäfte werden sonach alle Geschäfte behandelt, die ein Kaufmann, auch wenn er nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes für Rechnung eines anderen in eigenem Namen zu schließen übernimmt; dabei ist nicht erforderlich, daß das Geschäft in Kauf oder Verkauf oder Lieferung von Waren oder

Wertpapieren besteht. Die in § 406 Abs. 1 HGB erwähnten Geschäfte werden jedoch nicht zu Kommissionsgeschäften erklärt, es finden nur auf sie die Vorschriften über Kommission Anwendung. (Staub, § 383 Anm. 1; Cosack S. 163).

Nicht gehört zum Begriff des Kommissionsgeschäfts die Entgeltlichkeit. Zwar muß die Uebernahme von Kommissionsgeschäften nach § 383 HGB gewerbsmäßig und nach § 406 HGB im Betriebe des Handelsgewerbes erfolgen; daraus ergibt sich aber noch nicht, daß jedes einzelne Kommissionsgeschäft entgeltlich sein muß. In gleicher Weise wie der von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossene Verkauf auch dann als Handelskauf anzusehen ist, wenn er dem Kaufmann keinen Gewinn oder sogar Verlust bringt, ist auch ein unentgeltliches Kommissionsgeschäft als Kommissionsgeschäft anzusehen. Es ist nur erforderlich, daß die Uebernahme der Kommissionsgeschäfte im ganzen gewerbsmäßig erfolgt; der Kommissionär muß also die Absicht haben, aus dem fortgesetzten Betriebe der Kommissionsgeschäfte eine dauernde Erwerbsquelle zu machen. (Vergl. RG. Bd. 33 S. 110; Staub, § 383 Anm. 16; Lehmann-Ring, § 383 Anm. 11; Littauer-Mosse § 1 Anm. 7).

Die Haupteigenschaft des Kommissionsgeschäftes besteht also darin, daß der Kommissionär das Ausführungsgeschäft in eigenem Namen, aber für fremde Rechnung abschließt. Dadurch unterscheidet er sich vom Eigenhändler, der im eigenen Namen für eigene Rechnung handelt, und vom Stellvertreter, der in fremdem Namen für fremde Rechnung handelt. Der Kommissionär aber schließt ein juristisch eigenes, wirtschaftlich fremdes Geschäft ab. (Mosle S. 1); er ist wie der Spediteur (§ 407 HGB) mittelbarer Stellvertreter.

Im Gegensatz zum Mäkler übernimmt der Kommis-

sionär nicht nur die Vermittlung, sondern den Abschluß des Geschäftes. Er hat aber auch andererseits seinen Verpflichtungen genügt, wenn er das Geschäft zum Abschluß gebracht hat. Es ist nicht seine Aufgabe, das Geschäft auch auszuführen. Er braucht also als Einkaufskommissionär sich die Ware nicht übergeben zu lassen; als Verkaufskommissionär muß er den Kaufpreis nicht einziehen; es ist ausreichend, daß er den schuldrechtlichen Vertrag schließt und die ihm hieraus zustehenden Rechte und Pflichten auf den Kommittenten überträgt. Dabei haftet der Kommissionär — abgesehen vom Falle des Delkredere — nur für den rechtlichen Bestand, nicht aber auch für die Güte der Forderungen. In der Praxis allerdings wird dem Kommissionär vielfach die vollständige Abwicklung des Geschäftes übertragen.

Ueber die Bedeutung der Begriffe Kommission, Kommissionsgeschäft und Kommissionsvertrag herrscht Unklarheit. Einige Schriftsteller verstehen unter Kommissionsgeschäft lediglich den Vertrag, durch den sich der Kommissionär zur Uebernahme des Geschäftsabschlusses verpflichtet und unterscheiden davon das Ausführungsgeschäft, welches sie in den Geschäftsabschluß mit dem Dritten und das Uebertragungsgeschäft teilen (So Lehmann S. 824 Z. 5; Nußbaum S. 46; Lehmann-Ring § 383 Anm. 4,5; Ritter, § 383 Anm. 2; Heilfron S. 246; von Swinarski, S. 3).

Richtiger wird man wohl unter Kommissionsgeschäft das ganze Rechtsverhältnis verstehen. Dann zerfällt das Kommissionsgeschäft in drei Abschnitte: Im ersten verpflichtet sich der Kommissionär, sich um den Abschluß des ihm aufgetragenen Geschäftes zu bemühen; im zweiten Abschnitt schließt er dieses Geschäft mit einem Dritten ab; im letzten überträgt er die rechtlichen Wirkungen des abgeschlossenen Geschäftes auf den Kommittenten. Der

erste Abschnitt wird Kommission oder Kommissionsvertrag genannt, der zweite Ausrichtungs- und der dritte Abwicklungsgeschäft. Die beiden letzten werden auch häufig unter der Bezeichnung Ausführungsgeschäft zusammengefaßt (Vergl. Cosack, Handelsrecht S. 162; Düringer-Hachenburg, § 383 Anm. 13; Makower, § 383 Anm. 3; Brand § 383 Anm. 1 g; Wandelt, S. 33).

Bestritten ist ferner die rechtliche Natur des Kommissionsvertrages. Lediglich über die Tatsache, daß das unentgeltliche Kommissionsgeschäft als Auftrag aufzufassen ist, herrscht sowohl in der Gesetzesbegründung, als in Schrifttum und Rechtsprechung Einigkeit. (Vergl. Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches S. 232; Ritter § 383 Anm. 5; Lehmann S. 825; Makover § 383 Anm. 1 b; Brand § 383 Anm. 1 g; Staub, § 383 Anm. 16; Lehmann-Ring, § 383 Anm. 11).

Dagegen gehen die Meinungen über das entgeltliche Kommissionsgeschäft weit auseinander. Das alte Handelsgesetzbuch von 1861 faßte den Kommissionsvertrag überhaupt als Auftrag auf und nannte den Vertrag Auftrag, den Kommittenten Auftraggeber und den Kommissionär Beauftragten. Diese Auffassung wurde mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs für den entgeltlichen Kommissionsvertrag unrichtig. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch versteht unter Auftrag die Verpflichtung zur unentgeltlichen Geschäftsübernahme. Zwar entspricht diese Auffassung in keiner Weise dem Sprachgebrauch und Empfinden des Volks, doch muß sie, als vom Gesetze einmal festgelegt, angenommen werden. Das neue Handelsgesetzbuch, das ja in innerem Zusammenhange mit der Neuregelung des bürgerlichen Rechts geschaffen wurde, spricht sich über die juristische Natur des Kommissionsvertrages nicht mehr aus. Es entstand daher die Frage: Ist der Kommissionsvertrag ein Vertrag eigener Art oder

ist er einer der im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Vertragsart unterzuordnen und welcher?

Als einen Vertrag eigener Art sieht Neukamp (Der Kommissionsvertrag, in Holdheims Monatsschrift Bd. 16 S. 51) den Kommissionsvertrag an. Seine Ansicht stützt er darauf, daß die erste Sachverständigenkonferenz erklärte, „daß sowohl der Rahmen des Dienst- als des Werkvertrages für das Kommissionsgeschäft zu eng sei, da die Aufgabe des Kommissionärs in gewissen Fällen höchst kompliziert sei und sich nicht in die Normen einer Vertragsart des Bürgerlichen Gesetzbuches pressen lasse. Es sei daher notwendig, den Kommissionsvertrag möglichst selbständig zu regeln.“ (Vergl. Zitat bei Düringer-Hachenburg, Vorbem. zu § 383 Anm. 3).

Diese Erklärung der ersten Sachverständigenkommission ist aber nur dahin aufzufassen, daß die Ausgestaltung des Kommissionsgeschäftes möglichst selbständig erfolgen sollte. Die Feststellung eines Vertrages eigener Art ist darin nicht enthalten; sie muß schon um deswillen abgelehnt werden, weil im Gesetze selbst für das Kommissionsgeschäft die Anwendung von Bestimmungen einer bürgerlich-rechtlichen Vertragsart vorgeschrieben ist. (Siehe § 396 Abs. 2 HGB; vergl. von Swinarski S. 34).

Der Kommissionsvertrag ist also kein Vertrag eigener Art, sondern gehört dem bürgerlichen Rechte an. Hier geht der Streit nur noch darum, ob er als Dienst- oder als Werkvertrag anzusehen ist. Diese Frage ist deshalb schwer zu entscheiden, weil ein deutliches Unterscheidungsmerkmal für die Grenzziehung zwischen Dienst- und Werkvertrag nicht gegeben ist. Man wird den Unterschied nur in der allerdings unbestimmten Feststellung sehen müssen, daß der Dienstvertrag die Arbeit als solche, der Werkvertrag den Erfolg der Dienste zum Gegenstande hat. Der Unternehmer des Werkvertrages haftet

also für die Erstellung des versprochenen Arbeitserfolges, während der Dienstverpflichtete nur für ordentliche Ausführung der Dienste einsteht. Es ist daher zu untersuchen, ob beim Kommissionsvertrag das Hauptgewicht auf die Tätigkeit des Kommissionärs oder auf den dadurch zu bewirkenden Geschäftsabschluß gelegt ist. Für die Annahme eines Dienstvertrages spricht der Umstand, daß § 384 HGB weniger die Ausführung des Geschäftes selbst hervorhebt als die Art und Weise, wie der Kommissionär das Geschäft auszuführen hat. Dagegen betont § 396 HGB den werkvertragsartigen Charakter des Kommissionsvertrages, indem er dem Kommissionär regelmäßig nur dann einen Anspruch auf die Provision gibt, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist. Die Auffassung, daß das Hauptgewicht auf dem Geschäftsabschluß und nicht auf der Tätigkeit des Kommissionärs liegt, wird noch insbesondere dadurch gestützt, daß es dem Kommissionär — allerdings nur bei Einkauf von Waren oder Wertpapieren mit Markt- oder Börsenpreis — gestattet ist, ohne Abschluß mit einem Dritten den Erfolg durch Selbsteintritt herbeizuführen. (Wandelt S. 30). Es ist daher zu unterscheiden, ob der Kommissionsvertrag ein einzelnes Geschäft zum Gegenstande hat oder eine Vereinbarung über ständige Ausführung einzelner Geschäfte enthält. Geht der Kommissionsvertrag auf Ausführung eines einzelnen Geschäftes, so legen die Parteien den Nachdruck nicht auf die Tätigkeit des Kommissionärs als solche, sondern auf den Erfolg dieser Tätigkeit. Demnach muß ein solcher Kommissionsvertrag als Werkvertrag aufgefaßt werden. (So auch Düringer-Hachenburg, Vorbem. zum 3. Abschnitt, Anm. 2 und § 383 Anm. 13; Littauer-Mosse, § 383 Anm. 2).

Enthält aber der Kommissionsvertrag die Verpflichtung zur ständigen oder länger dauernden Uebernahme

einzelner Geschäfte, so liegt der Schwerpunkt nicht mehr auf dem einzelnen Geschäftsabschluß, sondern auf der Tätigkeit des Kommissionärs überhaupt; in diesem Falle liegt ein Dienstvertrag mit Diensten höherer Ordnung vor.

Die Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches (S. 232) hatte sich für die Annahme eines Dienstvertrages ausgesprochen. Auch Staub (§ 383 Anm. 18 und 19) sieht in der Kommission einen Dienstvertrag mit Diensten höherer Ordnung.

Das Reichsgericht betrachtet in seiner Rechtsprechung den Kommissionsvertrag überwiegend als Dienstvertrag (RG Bd. 48 S. 306; Bd. 69 S. 364; Bd. 92 S. 159; JW 1905 S. 20; 1908 S. 714); doch handelt es sich in diesen Fällen meist um Kommissionsverträge von längerer Dauer; in einigen Entscheidungen läßt das Reichsgericht die Frage offen (RG Bd. 53 S. 371; Bd. 78 S. 94); in einem Falle (RG Bd. 71 S. 78), wo es sich deutlich um ein einzelnes Kommissionsgeschäft handelt, nimmt das Reichsgericht das Vorliegen eines Werkvertrages an.

Die ganze Frage, ob Werkvertrag oder Dienstvertrag vorliegt, ist übrigens von untergeordneter Bedeutung; denn auf jeden Fall hat der Kommissionsvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand, so daß auf ihn hauptsächlich die Vorschriften über den Auftrag Anwendung finden. (Littauer-Mosse § 383 Anm. 2; Staub § 383 Anm. 19).

§ 8. Das Kommissionsgeschäft als mittelbare Stellvertretung.

Der Kommissionär handelt in eigenem Namen, aber für Rechnung des Kommittenten. Er ist also mittelbarer Stellvertreter.

Der Unterschied zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung besteht darin, daß der unmittelbare Stellvertreter sowohl in fremdem Namen als für fremde Rechnung kontrahiert, während der mittelbare Stellvertreter allerdings auch für fremde Rechnung, aber in eigenem Namen abschließt.

Das Wesen der unmittelbaren Stellvertretung ist dadurch gekennzeichnet, daß jemand einen Rechtsakt im Namen einer anderen Person mit derselben Wirkung vollzieht, wie wenn ihn diese in eigenem Namen vollzogen hätte. (Hölder § 164 Anm. 3). Die Eigentümlichkeit der direkten Stellvertretung drückt Ihering (Jahrbücher für Dogmatik Bd. 1 S. 273 ff) mit folgenden Worten aus:

> „Sie beruht auf einer Trennung von Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäft; die Ursache, die Handlung, fällt auf die Person des Stellvertreters; die Wirkung, das Rechtsgeschäft, auf die des Repräsentierten."

Ueber die rechtliche Konstruktion der direkten Stellvertretung stehen sich zwei Hauptgruppen von Anschauungen gegenüber. Nach der ersten ist der Vertretene selbst der Kontrahent; dem Stellvertreter wird dabei eine mehr oder weniger entscheidende Rolle zugeschrieben. Nach Savigny (S. 57) ist der Stellvertreter nur das Instrument, durch welches der Vertretene seinen Willen kund gibt;

Mitteis (S. 109) und Dernburg (Pandekten, Bd. 1 S. 370) sind der Ansicht, daß sowohl der Vertretene als der Vertreter juristisch handeln und vereint das Rechtsgeschäft erzeugen. Nach der von Buchka (S. 202) begründeten und von Windscheid (Pandekten Bd. 1 § 73) und Laband (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 10 S. 186) aufgenommenen Repräsentationstheorie ist der Stellvertreter der eigentliche Kontrahent, jedoch mit der Maßgabe, daß die Wirkungen des Geschäftes nur den Vertretenen treffen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch folgte in der Gestaltung der Stellvertretung der Repräsentationstheorie. Dies erklärt sich insbesonders aus § 166 Abs. 1 BGB, nach welchem die Anfechtbarkeit und ähnliche Fragen lediglich aus der Person des Vertreters zu beurteilen sind.

Die mittelbare Stellvertretung ist keine Vertretung in streng rechtlicher Bedeutung. Nur insoweit ist der Ausdruck „Stellvertretung" gerechtfertigt, als man unter Vertretung im weitesten Sinne jedes Handeln für fremde Interessen verstehen kann. Die Motive (Bd. 1 S. 223) sagen:

> „Die sogenannte mittelbare Stellvertretung ist juristisch kein Fall der Stellvertretung."

Demgemäß wird auch im Schrifttum der Ausdruck „mittelbarer Stellvertreter" bekämpft und durch andere zu ersetzen versucht. Ihering (Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. 1 S. 312) nennt ihn „Ersatzmann", von Scheurl (Kritische Ueberschau Bd. 1 S. 335 ff.) und Zimmermann (Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio) „Zwischenperson", Gareis „Interessenvertreter" (Vergl. Stephanus S. 9). Diese Ersatzausdrücke haben aber keinen Anklang gefunden.

Der mittelbare Stellvertreter schließt juristisch ein eigenes Geschäft ab, dessen Rechtsfolgen er dann auf den

Vertretenen überträgt. Es liegen also bei der mittelbaren Stellvertretung zwei Rechtsverhältnisse vor, ein internes und ein externes. Das interne besteht zwischen Vertreter und Vertretenem, das externe zwischen dem Vertreter und dem Dritten. Auf Grund des zwischen dem Vertretenem und dem Vertreter abgeschlossenen Vertrages nimmt der Vertreter zwei Rechtsgeschäfte vor; er schließt mit dem Dritten ab und überträgt die Rechtsfolgen dieses Geschäftes auf den Vertretenen. Das von dem Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft ist umschlossen von dem Vertrag, auf Grund dessen der Vertreter verpflichtet oder berechtigt ist, das Geschäft für Rechnung des Vertretenen abzuschließen.

Die mittelbare Stellvertretung stellt sich demnach dar als eine Stellvertretung mit rechtlicher Zäsur. Während bei der unmittelbaren Stellvertretung die Rechtsfolgen des Geschäftes sofort für den Vertretenen eintreten, entstehen sie bei der mittelbaren Stellvertretung nur in der Person des Vertreters und müssen von diesem erst durch nachträglichen Rechtsakt auf den Vertretenen übertragen werden. Daher erscheint die mittelbare Stellvertretung begrifflich als Vorstufe der unmittelbaren Stellvertretung. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich auch aus der Entwicklung der beiden Vertretungsarten.

Das ältere römische Recht, das stark formalrechtlich und konkret eingestellt war, hatte den Begriff der direkten Stellvertretung nicht.

Solange die wirtschaftlichen Verhältnisse noch primitiv waren, genügte an ihrer Statt die hausherrliche Gewalt, kraft deren dem Hausherrn von Rechts wegen alles gehörte, was seine Hauskinder, Sklaven und andere Gewaltunterworfenen erwarben. Dies war jedoch keine Stellvertretung; denn der Erwerb vollzog sich ohne einen

darauf gerichteten Willen des Untergebenen und des Herrn. Es galt daher allgemein der Grundsatz:

Per liberam personam adquiri nobis non potest. (Gai. Inst. II § 95).

Die Verkehrsbedürfnisse drängten aber dazu, die Stellvertretung wenigstens in gewissem Umfange zuzulassen. Die direkte Stellvertretung hat zwar im Römischen Recht nie Eingang gefunden. Aber die mittelbare Stellvertretung war bekannt und wurde durch die prätorische Rechtsprechung (vgl. insbes. die actio exercitoria und die actio institoria) in gewissem Maße mit den Wirkungen einer direkten Stellvertretung ausgestattet. Grundsätzlich hielt aber das römische Recht daran fest, daß die Wirkungen des vorgenommenen Rechtsgeschäfts den Vertreter selbst träfen (Dernburg, Pandekten Bd. 1 S. 212; Wüster S. 38).

Auch das altdeutsche Recht lehnte die Stellvertretung, besonders bei formbedürftigen Rechtsgeschäften ab (von Amira, S. 360). Erst im gemeinen Recht setzte sich auch die unmittelbare Stellvertretung allgemein durch und zwar unter dem Einflusse des kanonischen Rechtes, das in Anpassung an die Verkehrsbedürfnisse in c. 68 c. 72 in VI o de regul. iur. 5,12 den Satz aufgestellt hatte:

Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum; qui facit per alium est perinde, ac si faciat per se ipsum. (Wüster S. 39).

Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist die mittelbare Stellvertretung nicht behandelt. Dagegen sind zwei Rechtsgeschäfte des Handelsrechtes darauf aufgebaut, nämlich das Kommissionsgeschäft und das Speditionsgeschäft.

Die wichtigste Art der mittelbaren Stellvertretung ist das Kommissionsgeschäft. Der Kommissionär schließt auf Grund des Kommissionsvertrages mit dem Dritten ein Rechtsgeschäft ab, durch das er allein berechtigt und ver=

pflichtet wird, und überträgt die Rechtsfolgen dieses Geschäftes nachträglich auf den Kommittenten. Es entstehen daher durch das Kommissionsgeschäft an sich Rechtsbeziehungen nur zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär einerseits, dem Kommissionär und dem Dritten andererseits.

Dieser Grundsatz war im alten Handelsgesetzbuch positiv durch Art. 360 Abs. 2 ausgesprochen. Er lautete:

> Durch die Geschäfte, welche der Kommissionär mit Dritten abschließt, wird er allein berechtigt und verpflichtet. Zwischen dem Kommittenten und dem Dritten entstehen daraus keine Rechte und Pflichten.

Leider ist diese klare Bestimmung nicht in das neue Handelsgesetzbuch übernommen worden, weil man sie im Hinblick auf die Regelung der direkten Stellvertretung im Bürgerlichen Gesetzbuch für überflüssig erachtete. Dem Inhalte nach gilt sie heute noch genau so gut wie früher.

An der Tatsache, daß die Rechtswirkungen aus dem Ausführungsgeschäfte nur auf den Kommissionär fallen, ändert es nichts, wenn der Dritte wußte, daß der Kommissionär für Rechnung des Kommittenten handelte (RG Bd. 35 S. 53 Bd. 32 S. 41; Staub § 383 Anm. 21.) oder wenn er nur mit Rücksicht auf die Person des Kommittenten abgeschlossen hat (RG Bd. 80 S. 398; Staub § 383 Anm. 21).

Aus dem Umstand, daß Kontrahent des Ausführungsgeschäftes nur der Kommissionär ist, ergibt sich folgendes:

a) In sachenrechtlicher Beziehung:

Hier sind maßgebend die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. Der Einkaufskommissionär wird Eigentümer der vom Dritten gelieferten Waren; ferner erwirbt der Kommissionär auch das ihm übergebene Geld zu Eigentum. Nur dann, wenn der Kommissionär das Ei=

gentum unmittelbar für den Kommittenten erwerben wollte, wird dieser mittelbarer Besitzer und Eigentümer.

Der Verkaufskommissionär wird nicht Eigentümer der ihm vom Kommittenten übergebenen Waren. Diese bleiben vielmehr im Eigentum des Kommittenten und sind dem Kommissionär lediglich zu treuen Händen übergeben.

b) In schuldrechtlicher Beziehung:

Die Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft stehen bis zur Abtretung allein dem Kommissionär zu. Dies spricht § 392 Abs. 1 HGB ausdrücklich aus mit den Worten:

> Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen.

Der Dritte ist somit verpflichtet und berechtigt, den Kommissionär als seinen Gläubiger anzusehen. (Staub § 392 Anm. 11). Wenn der Kommissionär in Konkurs geraten ist, tritt an seine Stelle der Konkursverwalter.

Umgekehrt hat aber der Dritte auch keine Ansprüche an den Kommittenten. Er kann sich bei Leistungsunfähigkeit des Kommissionärs nicht an den Kommittenten halten, wie er ja auch die Tatsache, daß der Kommissionär für fremde Rechnung handelt, vollständig ignorieren kann.

Auf Grund des das Innenverhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär regelnden Kommissionsvertrages ist dann der Kommissionär verpflichtet, dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat (§ 384 Abs. 2 HGB). Er muß entweder die vom Dritten erhaltenen Waren oder Geldsummen dem Kommittenten übereignen oder, wenn er die Waren oder Geldsummen selbst nicht eingezogen hat —

wozu er ja nicht verpflichtet ist —, den Anspruch hierauf dem Kommittenten übertragen. Der Kommittent hat mithin einen zwar obligatorischen, nicht aber einen dinglichen Anspruch auf das aus dem Ausführungsgeschäft Erlangte.

Erst dadurch, daß der Kommissionär seine Forderungen aus dem mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäft auf den Kommittenten überträgt, werden zwischen diesem und dem Dritten unmittelbare Rechtsbeziehungen geschaffen.

Auf der Eigenschaft der Kommission als Institut der mittelbaren Stellvertretung beruht ihre wirtschaftliche Bedeutung (Menrath S. 6). Der Kommittent braucht mit seinem Geschäfte nicht selbst an die Oeffentlichkeit zu treten, sondern handelt durch einen Mittelsmann. Gegen ungünstige Geschäfte dieses mittelbaren Vertreters ist er dadurch geschützt, daß er sie zurückweisen kann; wäre der Kommissionär unmittelbarer Vertreter, so würden auch seine ungünstigen Geschäfte den Kommittenten im Verhältnis zum Dritten verpflichten. Der Kommissionär hinwiederum ist als mittelbarer Vertreter bedeutend selbständiger denn als unmittelbarer. Er braucht seine Geschäftsbeziehungen nicht aufzudecken; insbesondere ist er nicht verpflichtet, seinen Auftraggeber oder den Drittkontrahenten zu benennen.

Für den letzteren endlich ist, wie Müller-Erzbach (S. 6) sagt, „die vollkommene, ohne weiteres gegebene Legitimation des Vermittlers ein Anreiz, einen Vertrag auf diesem Umwege abzuschließen und der mittelbaren Stellvertretung vor der unmittelbaren den Vorzug zu geben.“

§ 9. Ausnahmen vom Grundsatz der mittelbaren Stellvertretung beim Kommissionsgeschäft.

Bei dem Rechtsinstitut der mittelbaren Stellvertretung ergibt sich dadurch, daß das vom Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäft rechtlich ihn, wirtschaftlich aber den Vertretenen trifft, ein Widerspruch zwischen der formellen Rechtslage und den wirtschaftlichen Belangen der beteiligten Personen. Dieser Widerspruch tritt beim Kommissionsgeschäft, das in seiner Eigenschaft als handelsrechtliche Einrichtung noch mehr als eine sonstige mittelbare Stellvertretung die wirtschaftliche Seite betont, besonders stark hervor. Um den Widerspruch abzuschwächen, ist der Grundsatz der reinen unmittelbaren Stellvertretung, nämlich daß es sich beim Kommissionsgeschäft um zwei selbständig nebeneinander stehende Rechtsgeschäfte handelt und daß unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem Kommittenten und dem Dritten erst mit der Uebertragung der Rechtsfolgen entstehen, in doppelter Beziehung durchbrochen worden.

a) Die erste Ausnahme vom Grundsatz der mittelbaren Stellvertretung ist nicht nur dem Kommissionsgeschäfte eigentümlich, sondern gilt für alle Fälle der stillschweigenden Vertretung. Als Ausnahme ist sie um deswillen zu kennzeichnen, da sie dem Prinzipe der selbständig nebeneinander stehenden Rechtsgeschäfte widerstreitet. Sie betrifft die Befugnis des mittelbaren Vertreters, also hier des Kommissionärs, auch das Schadenersatzinteresse des Vertretenen, bezw. Kommittenten geltend zu machen.

Aus der Tatsache, daß der Kommissionär mit dem Dritten ein Eigengeschäft abschließt, würde sich ergeben,

daß er dann, wenn der Dritte den Vertrag bricht oder beim Vertragsabschluß schuldhaft handelt, bei einer Klage im eigenen Namen nur das Schadenersatzinteresse geltend machen könnte, wie es ihm als Vertragsgegner zusteht. Denn nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen hat grundsätzlich nur der unmittelbar Geschädigte einen Schadenersatzanspruch. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichtes (RG Bd. 58 S. 42; Bd. 62 S. 331; Bd. 90 S. 246) ist jedoch der Kommissionär ohne weiteres, also ohne Abtretung der Rechte des Kommittenten, befugt, das allenfalls weitergehende Interesse des Kommittenten klageweise im eigenen Namen geltend zu machen. (Rosenthal, Anhang zu § 249 Nr. 4).

Diese Rechtssprechung findet zwar im Gesetze selbst keine Stütze, sie ist aber begründet in der geschichtlichen Entwicklung. Bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches war folgende Bestimmung in Vorschlag gebracht worden (Prot. Bd. 1 S. 298):

> Ist durch den die Ersatzpflicht begründeten Umstand einem Dritten ein Schaden entstanden, wegen dessen der Dritte von dem Ersatzberechtigten Abtretung des Ersatzanspruches zu verlangen berechtigt ist, so erstreckt sich die Ersatzpflicht auch auf den dem Dritten entstandenen Schaden.

Mit Rücksicht auf das Kommissionsgeschäft war außerdem noch folgende lex spezialis beantragt worden:

> Hat jemand in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung sich verpflichtet, so ist im Falle der Nichterfüllung von dem Dritten der Schaden zu ersetzen, welchen derjenige erlitten hat, für dessen Rechnung der Vertrag geschlossen wurde.

Beide Anträge fielen aber mit folgender Begründung: „Das Reichsoberhandelsgericht, wie auch das Reichsgericht, habe in konstanter Rechtssprechung den Satz

vertreten, daß der Kommissionär das Interesse seines Kommittenten wie sein eigenes zu verfolgen berechtigt sei. . . . Es könne angenommen werden, daß auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung die Rechtssprechung zu einem richtigen Ergebnis kommen werde. Es empfehle sich nicht, in einer so zweifelhaften, noch nicht zum Abschluß gelangten Frage der wissenschaftlichen Entwicklung vorzugreifen". (Vergl. Prot. Bd. 1 S. 299.)

Diese Rechtssprechung ist unverändert geblieben. Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruchs des mittelbar Vertretenen ist natürlich, daß der Vertretene seinen weitergehenden Schadenersatz von dem Vertreter geltend gemacht haben und herausverlangen will; denn andernfalls würde die Ersatzleistung des Dritten lediglich dem Vertreter zugute kommen und ihn ungerechtfertigt bereichern.

b) Die zweite Ausnahme vom Grundsatz der mittelbaren Stellvertretung besteht nur beim Kommissionsgeschäft, aber nicht in den Fällen sonstiger mittelbarer Stellvertretung. (Mot. Bd. 1 S. 223; Prot. Bd. 2 S. 360; RG Bd. 58 S. 276; Bd. 84 S. 216; Staub, § 392 Anm. 3; Littauer-Mosse, § 392 Anm. 3). Sie betrifft das rechtliche Schicksal der aus dem Ausführungsgeschäft entstandenen Forderungen. Diese stehen lediglich dem Kommissionär zu; der Kommittent kann nur ihre Abtretung verlangen; bis dahin kann er sie dem Schuldner gegenüber nicht geltend machen.

Die konsequente Durchführung dieses Gedankens würde besonders bei der Verkaufskommission den Kommittenten sehr benachteiligen, weil hier der Kommissionär seine Forderungen mit einer aus dem Vermögen des Kommittenten stammenden Gegenleistung erworben hat (Staub, § 392 Anm. 3). Auch in sonstigen Fällen der Kommission, z. B. wenn der Kommissionär mit vorgeschossenem Gelde

des Kommittenten kauft (vergl. § 669 BGB), würde der Kommittent Gefahr laufen. Deshalb bestimmt § 392 Abs. 2 HGB, daß solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten. Unter diesen Forderungen sind alle aus dem Ausführungsgeschäft erlangten Ansprüche zu verstehen, also sowohl der Hauptanspruch auf Erfüllung als auch die Neben- und Ersatzansprüche auf Ersatz des Verzugsschadens, auf Gewährleistung für Eigenschaften, aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung usw. (Staub,§392 Anm. 4).

Die Forderungen gelten aber nur im Innenverhältnis zwischen dem Kommittenten einerseits und dem Kommissionär oder dessen Gläubiger andererseits als Forderungen des Kommittenten. Dem Schuldner gegenüber stehen die Forderungen bis zur Abtretung dem Kommissionär allein zu. Er ist daher auch bis zur Kenntnis von der Abtretung berechtigt und verpflichtet, den Kommissionär als seinen Gläubiger anzusehen.

Die Bestimmung, daß die Forderungen aus dem Ausführungsgeschäfte auch dem Kommissionär gegenüber als Forderungen des Kommittenten gelten, verbietet zwar dem Kommissionär, zum Nachteil des Kommittenten über die Forderungen zu verfügen, sie hat aber keine dingliche Wirkung. Die von ihm getroffenen Verfügungen sind also trotzdem rechtswirksam. Wenn er die Forderung einem anderen Erwerber überträgt, so ist die Abtretung gültig und der Kommittent hat keinen Anspruch gegen den Erwerber. Daran ändert es auch nichts, wenn der Erwerber weiß, daß sein Zedent Kommissionär ist; denn ein Dritter kann das Kommissionsverhältnis unbeachtet lassen, weil der Kommissionär in eigenem Namen handelt. Nur wenn der Erwerber in unerlaubtem Einverständnis mit dem

Kommissionär gehandelt hat, d. h. wenn er beabsichtigte, durch die Annahme der Zession den Kommittenten zu benachteiligen, kann der Kommittent Rückgängigmachung der Abtretung verlangen.

Zu beachten ist ferner, daß die Forderungen nur so lange, als sie noch ausstehen, als Forderungen des Kommittenten gelten. Hat der Kommissionär die Forderungen eingezogen, so geht das Erlangte in sein Eigentum über; der Kommittent hat dann nur gemäß § 384 HGB das Recht auf Herausgabe.

Praktisch wirksam wird die Bestimmung des § 392 Abs. 2 HGB erst im Konkurse des Kommissionärs. Da die Forderungen als solche des Kommittenten gelten, fallen sie nicht in die Konkursmasse. Der Kommittent kann sie als der Konkursmasse fremde Forderungen auf Grund § 43 KO aussondern (Jäger, § 43 Anm. 50). Hat der Kommissionär die Forderungen bereits vor Konkurseröffnung eingezogen, so hat der Kommittent lediglich eine einfache Konkursforderung, da die Waren oder Geldsummen bereits in das Eigentum des Kommissionärs übergegangen sind und der Kommittent hierauf lediglich einen allgemein schuldrechtlichen Anspruch hat (RG Bd. 94 S. 308). Wird die Gegenleistung aus dem Ausführungsgeschäft erst nach Konkurseröffnung zur Konkursmasse erfüllt, so kann der Kommittent, wenn sie noch unterscheidbar ist, Ersatzaussonderung nach § 46 S. 2 KO verlangen; andernfalls hat er einen Masseschuldanspruch nach § 59 Nr. 1 oder 3 KO (vergl. Jäger, § 43 Anm. 50; Mentzel, § 43 Anm. 2).

Die Aussonderung nach § 43 KO besteht darin, daß der Kommittent vom Konkursverwalter förmliche Abtretung der Forderungen verlangt. Ein Anerkenntnis des Konkursverwalters, daß die Forderungen dem Kommittenten zustehen, ist weder erforderlich noch genügend.

Denn in Wirklichkeit stehen die Forderungen ja tatsächlich nicht dem Kommittenten zu, sondern gelten nur als ihm zustehend.

Ueber die Frage der rechtlichen Konstruktion des § 392 Abs. 2 HGB herrscht keine einheitliche Auffassung. Die Schwierigkeit besteht eben darin, daß diese Gesetzesstelle nicht so sehr der Durchführung rechtlicher Logik als dem Ausgleich wirtschaftlicher Interessen dient.

Nach Lehmann-Ring (§ 392 Anm. 2) liegt eine nur nach innen wirkende cessio legis vor und gelten die Forderungen daher nach innen als Bestandteil des Vermögens des Kommittenten. Dagegen nimmt Laband (Das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 9 S. 456) an, daß die Forderung des Kommissionärs nicht ipso iure auf den Kommittenten übergehe, sondern daß der Kommittent lediglich im Konkurse an den Forderungen des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht hat. Nach seiner Meinung entzieht § 392 Abs. 2 HGB die betreffenden Forderungen der zur Verteilung gelangenden Aktivmasse.

Es ist schwer zu entscheiden, welche von beiden Theorieen den Vorzug verdient. Die Bestimmung des § 392 Abs. 2 HGB schafft eben eine Fiktion und hat alle Mängel einer solchen; demgemäß läßt sie sich auch schwer in ein klares Rechtsgebilde einreihen. Für die Theorie Labands spricht der Umstand, daß der Kommittent auch dann, wenn der Kommissionär in Konkurs geraten ist, kein unmittelbares Klagerecht gegen den Schuldner hat, sondern sich die Forderungen durch den Konkursverwalter abtreten lassen muß (RG Bd. 40 S. 87; Bd. 58 S. 276; Bd. 84 S. 216). Dennoch ist die Ansicht Lehmann-Rings vorzuziehen. Denn ein für sich selbst bestehendes Aussonderungsrecht, wie es Laband bei seiner Theorie annimmt, gibt es nicht; vielmehr bestimmen sich die Ansprüche auf

Aussonderung nach der zu Grunde liegenden materiellen Rechtslage. Wenn nun nach § 392 Abs. 2 HGB die Forderungen als Forderungen des Kommittenten gelten, so ist damit ein gesetzlicher Forderungsübergang fingiert, dessen Wirkungen aber nur im Innenverhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär bezw. dessen Gläubigern gelten und daher erst im Konkurse des Kommissionärs hervortreten. Der Anspruch des Kommittenten auf Abtretung stellt sich mithin nur dar als das Verlangen, die wirkliche Rechtslage mit der fingierten in Einklang zu bringen.

Das wirtschaftliche Interesse des Kommittenten ist somit durch die dem Grundsatz der mittelbaren Stellvertretung widerstreitende Bestimmung des § 392 Abs. 2 HGB vollständig geschützt.

3. Abschnitt.

§ 10. Die Aufrechnung des Schuldners aus dem Ausführungsgeschäfte gegenüber dem Kommittenten mit einer Forderung an den Kommissionär ist eine Folge der Rechtsstellung des Schuldners zum Kommittenten und der Durchbrechung des Gegenseitigkeiterfordernisses bei der Aufrechnung.

Die Tatsache, daß die Forderungen aus dem Ausführungsgeschäfte gegenüber dem Kommissionär und dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten, hat teilweise zu der Annahme veranlaßt, der Dritte sei schon von Anfang an in gewisser Weise durch den Geschäftsabschluß dem Kommittenten verpflichtet. Daher wird von mancher Seite behauptet, der Dritte müsse seine Verpflichtungen, die er dem Kommissionär gegenüber eingegangen hat, so erfüllen, als würden die Forderungen des Kommissionärs auch im Verhältnis zu ihm als Forderungen des Kommittenten gelten. Sie sprechen daher dem Schuldner das Recht ab, mit Forderungen, die er gegen den Kommissionär hat, gegen seine Verpflichtungen aus dem Ausführungsgeschäfte aufzurechnen. So hält es Dernburg (Das Bürgerliche Recht Bd. 2 S. 497 Anm. 5) für unzulässig, daß der Dritte mit einer ihm gegen den Kommissionär zustehenden Forderung, die mit dem Ausführungsgeschäft nicht konnex sei, aufrechne, da er sich so durch eine dem Kommittenten bestimmte Forderung befriedige. Einen ähnlichen Schluß zog früher Cosack (Handelsrecht 6. Aufl. S. 183; in der jetzigen 11. Aufl. ist diese Ansicht nicht mehr vertreten) aus § 392 Abs. 2 HGB. Er argumentierte, da der Dritte notwendig aus dem

Ausführungsgeschäfte auch Gläubiger des Kommissionärs geworden sei, würden die Forderungen des Kommissionärs auch ihm gegenüber als Forderungen des Kommittenten gelten.

Der Ansicht Cosacks ist ohne weiteres zuzugeben, daß sie mit dem Wortlaut des § 392 Abs. 2 HGB selbst nicht in Widerspruch steht. Betrachtet man sie aber im Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen, so ergibt sich, daß sie dennoch abzulehnen ist. Wie schon aus den Gesetzgebungsverhandlungen (vergl. Prot. zur Beratung eines deutschen Handelsgesetzbuches S. 704) hervorgeht, soll die Vorschrift nur verhindern, daß die anderen Gläubiger des Kommissionärs — im Gegensatz zum Kommittenten, der ja auch sein Gläubiger ist — sich aus den ausstehenden Ausrichtungsgeschäftsforderungen Befriedigung verschaffen. Die Frage ist nun, ob der Schuldner auch etwa zu den Gläubigern des § 392 Abs. 2 HGB gehört. Dies wird in der Rechtsspredung verneint (vergl. RG Bd. 32 S. 39; Bd. 84 S. 216). Darnach paßt § 392 Abs. 2 nicht auf den Dritten aus dem Ausführungsgeschäft. Denn wie aus Abs. 1 dieser Bestimmung hervorgeht, ist für den Schuldner nur der Kommissionär Gläubiger aus dem Ausführungsgeschäft und der Kommittent hat vor der Abtretung keine Gläubigerrechte gegen ihn. Der Schuldner aus dem Ausführungsgeschäfte gehört daher auch dann, wenn er zugleich Gläubiger aus demselben Geschäfte ist, nicht zu den Gläubigern des Kommissionärs im Sinne des § 392 Abs. 2 HGB. Unter diesen sind vielmehr nur außenstehende, am Kommissionsgeschäfte selbst nicht beteiligte anderweitige Gläubiger des Kommissionärs zu verstehen.

Der Schuldner ist also berechtigt und verpflichtet, den Kommissionär als seinen alleinigen Gläubiger zu behandeln. Ohne Rücksicht auf den Kommittenten kann er

in jeder zulässigen Weise seine Schuld an den Kommissionär tilgen, wie es ihm beliebt, also auch durch Aufrechnung.

Diese Aufrechnungsbefugnis bleibt dem Schuldner auch dann erhalten, wenn der Kommissionär die Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft auf den Kommittenten übertragen hat. Bei dieser Forderungsübertragung handelt es sich um eine wirkliche Abtretung nach § 398 BGB, wenn auch im Innenverhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär die Forderungen schon als solche des Kommittenten gegolten haben. Der Schuldner kann daher dem Kommittenten gegenüber die ihm gegen den Kommissionär zustehenden Forderungen im Rahmen des § 406 BGB aufrechnen. Diese Aufrechnungsbefugnis beruht, wie als Endergebnis festzustellen ist, einerseits darauf, daß dem Zessus aus Billigkeitsgründen die Aufrechnung mit ihm gegen den Zedenten zustehenden Forderungen auch dem Zessionär gegenüber gestattet ist, andererseits darauf, daß die Ausnahmebestimmung, nach welchen Forderungen des Kommissionärs aus dem Ausführungsgeschäfte als Forderungen des Kommittenten gelten, auf das Verhältnis des Dritten zum Kommittenten keine Anwendung findet.

Literaturverzeichnis.

von Amira: Nordgermanisches Obligationsrecht, Bd. 1.

Appleton Historie de la compensation en droit Romain, Paris 1895.

Biondo Biondi, La compensazione nel diritto Romano, Cortona 1927.

Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts, 1911.

Brinz, Die Lehre von der Kompensation, 1849.

Bromberg, Die Aufrechnungslage nach heutigem und römischem Rechte, Dissert. Breslau 1909.

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, 1852.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 8. Aufl. Jena 1927.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl., ferner 10. u. 11. Aufl. Stuttgart 1923.

Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs, Amtliche Ausgabe, 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches, Bd. 2, 1909.

Dernburg, Kompensation, 2. Aufl. 1868.

Dernburg-Sokolowski, System des römischen Rechts, Pandekten Bd. 1; 8. Aufl. Berlin 1910.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl.

Eccius, Die eventuelle Aufrechnung, bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 42, S. 15 ff.

Eccius, Nachträgliche Bemerkungen über die eventuelle Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 42 S. 233 ff.

Eisele, Die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht, 1876.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 18/22. Aufl. Marburg 1923.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin 1888.

Feder, Die rechtliche Natur der Aufrechnung, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 54 S. 434 ff.

Fritzsche, Das Gegenseitigkeitserfordernis in der Aufrechnungslehre des geltenden Privatrechts, Dissert. Leipzig 1917.

Fürst, Eine Beschränkung des Rechts der Kompensation durch den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs; in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 40 S. 323 ff.

Geib, Siber, Kompensation und Aufrechnung; Besprechung bei Busch, Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 26 S. 115.

Goldschmidt, Ueber den § 283 des 1. Entwurfes, in den Verhandlungen zum 21. deutschen Juristentage, Bd. 1 S. 121 ff.

Götte, Zwei Streitfragen über die Aufrechnung im Bürgerlichen Gesetzbuch, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 17 S. 164 ff.

Hartmann, Aufrechnung und Zurückbehaltung, Dissert. Breslau 1907.

Heilfron, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912/13.

Heinichen, Lateinisch-deutsches Wörterbuch, Leipzig 1875.

Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München 1900.

Holtzapfel, Das Kompensationsrecht des debitor cessus gegen den Cessionar mit einer Forderung an den Cedenten, Dissert. Erlangen 1897.

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl.

Ihering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 1, Jena 1871.

Jörs, Das römische Recht, die Aufrechnung; bei Birkmeyer, Enzyklopädie des deutschen Rechts, 1. Aufl.

Kahlert, Aufrechnungsmöglichkeit und Aufrechnungswirklichkeit in geschichtlicher Entwicklung, Dissert. Breslau 1920.

Kamnitzer, Die Aufrechnung gegenüber dem Zessionar, Dissert. Königsberg 1913.

Kohler, Kompensation und Prozeß; Busch, Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 20 S. 1 ff.

Kohler, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch; Busch Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 24 S. 1 ff

Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. Berlin 1928.

Krückmann, Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht; insbes. § 8. Pfandrecht an einer Forderung; Arch. für zivilistische Praxis, Bd. 103 S. 139 ff.

Krug, Die Lehre von der Kompensation, 1833.

Laband, Das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht; Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 9 S. 455 ff.

Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 10 S. 183 ff.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, Berlin 1904.

Lang, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht und seine Wirksamkeit im Konkurs des Schuldners, Dissert. Würzburg 1906.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. Berlin 1908.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1901.

Leonhard Franz, Die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld; Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 21 S. 171.

Liebknecht, Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Recht, Dissert. Würzburg 1897.

Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung, 1899.

Lippmann, Zur Lehre von der Kompensation nach dem 1. Entwurf; Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 32 S. 157 ff.

Lippmann, Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung; Ihering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 43, S. 435 ff.

Littauer-Mosse, Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, 17. Aufl. Berlin 1926.

Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 13. Aufl. Berlin 1907

Mennrath, Kommissionsgeschäft und mittelbare Stellvertretung, Dissert. Straßburg 1912.

Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung, 3. Aufl. Berlin 1928.

Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung, 1885.

Mosle, Die obligatorischen Rechtsfolgen aus Kommis-

sionsgeschäften für den Kommissionär, Dissert. Leipzig 1905.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin 1888.
Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt, Berlin 1905.
Neukamp, Der Kommissionsvertrag, in Holdheims Monatsschrift Bd. 16.
Nußbaum, Tatsachen und Begriffe im deutschen Kommissionsrecht, Berlin 1917.
Oertmann, Kommentar des Rechts der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. Berlin 1927/29.
Oertmann, Die Aufrechnung im deutschen Zivilprozeßrecht, 1916.
Oertmann, Die rechtliche Natur der Aufrechnung; Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 113 S. 376 ff.
Pernice, Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, 2. Aufl. Halle 1900.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. Berlin.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1897.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Berlin 1903.
Rosenthal, Handbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 11. Aufl. Berlin 1927.
Ritter, Das Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, Berlin 1910.
Savigny, Obligationenrecht Bd. 2, 1853.
Schlichting, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Dissert. Rostock 1901.
Schollmeyer, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, München 1900.

Schubert, Die Bedeutung der Aufrechnungslage nach heutigem Reichsrecht, Dissert. Breslau 1909.
Siber, Kompensation und Aufrechnung, 1899.
Simonson, Ueber das Verhältnis von § 404 zu § 406 BGB; Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 50 S. 24 ff.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12./13. Aufl. Berlin 1925/27.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. München 1929.
Steiner, Die Stellvertretung nach den Grundsätzen des Handelsgesetzbuchs, Dissert. Erlangen 1899.
Stephanus, Abschluß-, Inkasso- und Stundungsbefugnis der direkten und indirekten handelsrechtlichen Vertreter, Dissert. Straßburg 1912.
Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis, 2. Teil, Eventualaufrechnung, 2. Aufl. 1898.
von Swinarski, Die rechtliche Natur des Kommissionsgeschäftes, Dissert. Breslau 1919.
von Tuhr, Die neue Literatur zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Deutsche Juristenzeitung 1901 S. 426.
Ubbelohde, Ueber den Satz: ipso iure compensatur, 1858.
Wach, Prozeßvollmacht und Einrede der Aufrechnung; Busch, Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 27 S. 1 ff.
Wandelt, Die rechtliche Natur des Kommissionsgeschäftes nach dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches, Dissert. Erlangen 1897.
Weigel, Das bei der Aufrechnung geltende Prinzip der Gegenseitigkeit der Forderungen, seine Durchbrechungen und Modifikationen; Dissert. Leipzig 1906.
Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld; Hannover 1904.
Weißmann, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen

Gesetzbuch; Busch, Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 26, S. 1 ff.
Windscheid=Kipp, Pandekten, 9. Aufl. 1906.
Wüster, Entwicklungsgang des Unterschiedes zwischen Vertrag zu Gunsten Dritter und Stellvertretung, insbesondere Vertrag im Namen Dritter, vom römischen Recht bis auf die heutige Zeit; Dissert. Jena 1906.
Zimmermann, Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, 1871.